

Université de Montréal

**L'affaire Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production
d'énergie renouvelable à l'OMC : une occasion manquée de mettre en
œuvre l'article XX du GATT de 1994 ?**

Par Thing-weck DELIMA

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de

Maitrise en droit (LL.M)

Option : Droit international

Avril 2019

©Thing-weck DELIMA, 2019

Résumé

En se fondant sur l'affaire *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable*, ce mémoire traite l'applicabilité de l'article XX du GATT de 1994 aux mesures d'incitation à la production d'énergie renouvelable. En effet, la mise en œuvre du programme de tarifs de rachat garantis et des mesures visant l'incitation à la production d'énergie renouvelable en Ontario (Canada) a été contestée par-devant l'Organe de règlement des différends en raison de l'incompatibilité de ces mécanismes de soutien avec le droit de l'OMC. En outre, il convient de noter que les mesures de promotion aux énergies renouvelables constituent des moyens ambitieux envisagés par certains membres de l'OMC en vue d'atteindre les objectifs de protection de l'environnement et de développement durable. À travers cette étude nous voulons vérifier la possibilité de concilier l'octroi de ces mesures de soutien avec le droit de l'OMC. En s'appuyant sur les dispositions de l'article XX b) et g) du GATT de 1994 relatives à la protection de l'environnement, nous cherchons à savoir dans quelle mesure l'affaire précitée pourrait contribuer à la mise en œuvre de l'exception environnementale. Au terme de notre analyse, nous proposons une meilleure adaptation de la jurisprudence de l'OMC aux mesures de soutien en faveur du développement des énergies renouvelables.

Mots-clés : OMC – GATT – commerce international – droit de l'OMC – programme de tarifs de rachat garantis – énergies renouvelables – mesures d'incitation – subventions – développement durable – protection de l'environnement – libre-échange – prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux – traitement national – exception environnementale.

Abstract

Based on the WTO's case *Canada – Certain measures affecting the renewable energy generation sector*, this research addresses the applicability of article XX of the GATT 1994 to incentive measures for the production of renewable energy. In fact, the implementation of the FIT program and incentives for renewable energy generation in Ontario (Canada) has been objected by the Dispute Settlement Body due to inconsistency of these support mechanisms with WTO law. Furthermore, it should be noted that support measures for renewable energies constitute ambitious means envisaged by some WTO members to achieve the objectives of environmental protection and sustainable development. In this context, this research attempts to demonstrate the possibility of reconciling the granting of these support measures with WTO law. Based on the provisions of Article XX (b) and (g) of the GATT 1994 relating to the protection of the environment, we seek to determine the extent to which this case could contribute to the implementation of the exception environmental law in WTO law. At the end of this analysis, this research underlines the importance of taking into considerations the measures to encourage the development of renewable energies in the jurisprudence of the WTO.

Keywords : WTO – GATT – international trade – WTO law – FIT program – renewable energies – subsidies – sustainable development – environmental protection – free trade – domestic content requirements – national treatment – environmental exception.

Table des matières

Résumé	i
Abstract	ii
Table des matières.....	iii
Liste des sigles.....	vii
Liste des abréviations	ix
Remerciements.....	x
Introduction	1
Chapitre I - La remise en cause à l'OMC du programme ontarien de tarifs de rachat garantis pour le soutien aux énergies renouvelables.....	13
I- Les allégations concernant l'incompatibilité du programme de tarifs de rachat garantis à l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)	14
A- La qualification juridique du programme TRG au regard de l'Accord sur les MIC	14
B- L'incompatibilité des mesures relatives au programme TRG à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.....	16
II- Analyse de l'allégation concernant la clause du traitement national	18
A- La cause entraînant la violation de la clause du traitement national dans le cadre du programme de tarifs de rachat garantis : la limite de son interprétation	18
B- Les contraintes à l'application de l'article III:8 a) au titre de dérogation à la clause du traitement national.....	21
III- Le constat de subventions prohibées appliquées au programme de tarifs de rachat garantis : les difficultés d'établir leur compatibilité au titre de l'Accord SMC	25
A- Analyse sur les mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis au titre de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC)	25
B- Les limites à l'établissement d'un avantage conféré dans le cadre du programme de tarifs de rachat garantis	29
C- La conformité des mesures de soutien aux énergies renouvelables avec l'Accord SMC : un débat ouvert dans la jurisprudence de l'OMC ?	33
Chapitre II – L'encadrement des énergies renouvelables et les règles de l'OMC.....	36

I- Les mécanismes de soutien : entre nécessité au développement des énergies renouvelables et contrariété aux règles de libre-échange	36
A- Les caractéristiques des dispositifs de soutien aux énergies renouvelables dans le marché de l'électricité verte.....	37
a) Le système de tarifs d'achat garantis.....	38
b) Les enchères concurrentielles	39
1) Les enchères à prix uniforme	41
3) Les enchères dynamiques descendantes	42
4) Les enchères hybrides	42
c) Le système de certificats verts	43
B- Les mécanismes d'incitation à la production des énergies renouvelables face aux règles de libre-échange	45
a) Les incitations fiscales au regard de l'article III du GATT de 1994	46
b) Les aides publiques aux énergies renouvelables dans le contexte de libre-échange	51
II- Les principes généraux du droit de l'OMC qui peuvent être appliqués aux mécanismes de soutien des énergies renouvelables	55
A- L'interdiction de discrimination entre produits similaires	55
B - L'élimination générale des restrictions quantitatives	57
C- Le principe de transparence	59
<i>Chapitre III- L'exception environnementale au titre de l'article XX du GATT : Quelle possibilité pour la justification des mesures d'incitation en faveur des énergies renouvelables?</i>	<i>61</i>
I- Analyse sur le principe d'exception environnementale en droit de l'OMC.....	62
A- L'intégration des considérations environnementales dans le GATT et dans le droit de l'OMC	62
B- L'interprétation de l'exception environnementale dans le GATT et la jurisprudence de l'OMC	65
II- L'admissibilité conditionnelle des restrictions commerciales en faveur des incitations aux énergies renouvelables : défis et perspectives	69
A- L'exigence de conformité des mesures de restrictions commerciales à l'article XX du GATT de 1994 : la référence au test de nécessité ou le recours à une mesure compatible à l'Accord général	71
B- Le principe de proportionnalité : pour une interprétation équilibrée entre l'exception environnementale et les autres dispositions du GATT de 1994	75

C- Le principe de précaution : regard sur sa pertinence dans le droit de l'OMC et sur ses impacts en matière de promotion des énergies renouvelables	77
III- Perspectives juridiques sur l'admissibilité des mesures d'incitation à la production d'énergie renouvelable à l'OMC.....	83
A- La promotion des énergies renouvelables, un cadre propice à une nouvelle réflexion sur l'effectivité de l'exception environnementale dans la jurisprudence de L'OMC?	84
B - De l'adaptation du droit de l'OMC aux mesures de promotion des énergies renouvelables, pour la conformité de celles-ci aux règles du libre-échange	86
Conclusion	89
Bibliographie	92

Liste des sigles

GATT de 1947 : Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce adopté en 1947

GATT de 1994 : Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce adopté en 1994

OMC : Organisation mondiale du commerce

Accord MIC : Accord sur les Mesures Concernant les Investissements et Liées au Commerce

Accord SMC : Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires

PRG : Programme de tarifs de rachat garantis

CEE : Communauté du Commerce et de l'Environnement

UE : Union européenne

OA : Organe d'appel

ORD : Organisme de Règlement des Différends de l'OMC

TN : Traitement national

CNPF : Clause de la nation la plus favorisée

Mémorandum : Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des Différends

Accord OTC : Accord sur les Obstacles Techniques au Commerce

Accord SPS : Accord sur l'application des Mesures Sanitaires et Phytosanitaires

CCNUCCC : Convention Cadre des Nations-Unies sur les Changements Climatiques

ONU : Organisation des Nations-Unies

PNUE : Programme des Nations-Unies pour l'Environnement

OCDE : Organisation pour la Coopération et le Développement Économique

ADPIC : Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au commerce

AGCS : Accord général sur le commerce des services

Liste des abréviations

Art. : Article

Para. : Paragraphe

P. : Page

KWh : Kilowattheure

Remerciements

Au terme de cette aventure, je tiens à remercier particulièrement mon directeur de recherche, le professeur Hervé A. Prince qui a soulevé mon intérêt pour le droit international économique quand je n'avais aucun repère et, surtout de m'avoir soutenu à la réalisation de ce mémoire.

J'exprime toute ma gratitude envers tous ceux qui m'ont aidé durant cette expérience académique à l'Université de Montréal.

Introduction

Le 24 mai 2013, l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a rendu une décision contre le Canada dans l'affaire « *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable* »¹. Le différend concerne :

« Les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux auxquelles certains producteurs d'électricité utilisant les technologies éolienne et solaire photovoltaïque doivent se conformer dans la conception et la construction d'installations de production d'électricité pour pouvoir être admis à bénéficier des prix garantis offerts dans le cadre du programme de tarifs de rachat garantis (TRG) adopté par le gouvernement de la province de l'Ontario, ainsi que tous les contrats TRG et microTRG individuels mettant en œuvre ces prescriptions depuis le début du programme TRG en 2009 (les “mesures contestées”) »².

Dans le cadre de cette affaire, le groupe spécial établi par l'Organe de règlement des différends de l'OMC (ORD) a examiné les allégations des plaignants (principalement le Japon et l'Union européenne) selon lesquelles les mesures adoptées concernant le programme de tarifs de rachat garantis en Ontario contreviennent aux dispositions du droit de l'OMC³. En effet, dans le but de promouvoir le développement des énergies renouvelables, de créer des emplois et d'attirer des investissements privés dans le domaine de l'énergie propre, le gouvernement de l'Ontario au Canada a mis en exergue le programme de tarifs de rachat garantis⁴. Ce dernier s'est traduit par l'adoption d'un ensemble de dispositions normatives dont la Loi de 2004 sur

¹ *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable*;

Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis (Plaintes du Japon et de l'Union européenne), (2012), OMC Doc WT/DS412/R et WT/DS426/R (Rapport du groupe spécial), en ligne : OMC < docs.wto.org>. Voir Hervé A. Prince, « Commerce, Chronique de droit international économique en 2012 / Digest of International Economic Law in 2012 », (2012) 50 ACIDI, 331 à la page 353.

² Hervé A., Prince, *supra* note 1 aux pp 353 – 54.

³ *Ibid* à la p 354.

⁴ *Ibid*.

la restructuration du secteur de l'électricité et la Loi de 2009 sur l'énergie verte et l'économie verte⁵. Suivant la définition donnée par le groupe spécial :

« Le programme de tarifs de rachat garantis (TRG) est un dispositif mis en œuvre par les pouvoirs publics de l'Ontario, au moyen duquel les producteurs d'électricité produite à partir de certaines sources d'énergie renouvelable perçoivent un prix garanti par kilowattheure (KWh) d'électricité injectée dans le réseau d'électricité de l'Ontario. La participation à ce programme se fait par des contrats qui exigent pour satisfaire aux conditions d'admissibilité, des niveaux « minima requis de teneur en éléments nationaux »⁶.

En raison du privilège accordé exclusivement aux producteurs locaux, le programme TRG et l'ensemble des mesures qui le soutiennent ont été contestés pour leur incompatibilité avec certaines dispositions du droit de l'OMC, en particulier *l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (GATT de 1994), *l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* (SMC) et *l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce* (MIC)⁷.

Vue d'ensemble sur le rapport élaboré par le groupe spécial sur les mesures en cause

Le groupe spécial a constaté dans son rapport que « le programme TRG et ses contrats connexes ainsi contestés constituaient des MIC au titre de l'article premier de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce »⁸. En ce qui concerne ses arguments, il a retenu que « le programme de TRG avait pour objectif d'inciter l'investissement local dans le secteur de la production d'énergie renouvelable »⁹. De plus, selon le groupe spécial,

⁵ *Ibid.*

⁶ *Canada – énergie renouvelable, supra* note 1 aux para 7.64 - 7.68 (Rapport du groupe spécial).

⁷ Plus précisément, le programme de tarifs de rachat garantis et ses mesures connexes ont été contestés par les plaignants par rapport à leur incompatibilité à l'article III.4 du GATT de 1994, aux articles 3.1b et 3.2 de *l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* (SMC) et à l'article 2.1 de *l'Accord sur les mesures d'investissement liées au commerce* (MIC). Voir Hervé A. Prince, *supra* note 1 à la p 355.

⁸ *Canada – énergie renouvelable, supra* note 1 au para 7.112 (Rapport du groupe spécial).

⁹ *Ibid* au para 7.109.

le programme TRG exige un niveau minimum requis en éléments nationaux qui incitent les producteurs d'électricité à utiliser certains types de matériel de production d'énergie renouvelable d'origine locale¹⁰. Ensuite, le groupe spécial a indiqué que le programme de tarifs de rachat garantis et ses mesures connexes ont enfreint l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC ainsi que l'article III:4 du GATT de 1994¹¹. Après avoir noté que l'acquisition de l'électricité d'origine renouvelable est effectuée pour une revente dans le commerce, le groupe spécial a conclu que le programme de tarifs de rachat garantis du Canada ne pouvait pas bénéficier de la dérogation prévue à l'article III:8a) pour écarter l'application de l'article III paragraphe 4 du GATT de 1994¹².

Pour les allégations concernant la dérogation du programme de tarifs de rachat garantis à l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC)*, le groupe spécial a admis que les mesures contestées peuvent être décrites comme une contribution financière équivalente à des achats de biens par des pouvoirs publics au titre de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC¹³. Toutefois, en raison d'absence de preuves suffisantes concernant l'établissement de l'avantage conféré, le groupe spécial n'a pas retenu les allégations des plaignants au sujet de l'incompatibilité du programme de tarifs de rachat garantis avec l'*Accord SMC*¹⁴. En substance, le programme de tarifs de rachat garantis et ses mesures connexes ont été condamnés par l'Organe de règlement des différends à cause de leur incompatibilité à la clause du traitement national et à l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)*.

Tout d'abord, il convient de préciser que la décision de l'OMC sur l'affaire *Canada – énergie renouvelable* concerne fondamentalement le problème de compatibilité de certains mécanismes d'incitation aux énergies renouvelables avec les règles du libre-échange. En effet, la mise en vigueur des mesures de soutien interne aux énergies renouvelables pour atteindre une

¹⁰ *Ibid* au para 7.110

¹¹ *Ibid* au para 7.167.

¹² *Ibid* au para 7.152.

¹³ *Ibid* au para 7. 243.

¹⁴ *Ibid* au para 7. 328.

série d'objectifs écologiques et sociaux peut avoir de grands impacts sur la libre concurrence. À l'origine, le droit de l'OMC ne régit pas la production d'énergie renouvelable, mais les énergies renouvelables doivent être soumises aux dispositions du droit de l'OMC¹⁵ quand elles rentrent dans la catégorie de biens économiques qui peuvent être échangés dans le commerce¹⁶. À cet effet, la clause du traitement national, les règles relatives aux subventions et à l'interdiction des restrictions commerciales du système commercial multilatéral, sont les plus susceptibles d'être confrontées aux mesures gouvernementales qui encadrent les énergies renouvelables.

À l'heure actuelle, les énergies renouvelables occupent une place de choix au niveau des politiques gouvernementales dans certains pays développés. Et il a été révélé que les mécanismes d'incitation jouent un rôle moteur pour promouvoir le marché d'énergies vertes dans ces pays. Ainsi, « en Europe, il est admis par la législation la nécessité d'une aide publique en faveur des sources d'énergie renouvelable dans l'encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement »¹⁷. Et en Chine, grâce à une loi qui a été promulguée en 2005 (Renewable Energie Law) en faveur des énergies renouvelables, les pouvoirs publics interviennent directement sur le marché national pour financer des entreprises dans le secteur de l'énergie propre¹⁸. Dans ce contexte, il est évident que les avantages accordés en faveur de la production d'énergie renouvelable d'origine locale sont susceptibles de porter atteinte à la règle du traitement national¹⁹. Car, « The national treatment rule, which requires

¹⁵ Yulia Selivanova, « Règles de l'OMC et politiques énergétiques durables » (15 décembre 2006), en ligne : *International Centre for Trade and Sustainable Development* <<https://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/r%C3%A8gles-de-lomc-et-politiques-%C3%A9nerg%C3%A9tiques-durables>>.

¹⁶ Féline Marandet, « Production des énergies renouvelables et droit de l'organisation mondiale du commerce » dans Claudie Boiteau, dir, *Énergies renouvelables et marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 131 à la p 134.

¹⁷ Claudie Boiteau, « Mécanismes de soutien à la production des énergies renouvelables et droit des aides d'État : le cas de l'éolien » dans Boiteau, *supra* note 16, 1 aux pp 1-2.

¹⁸ Clément Bonnet, « Revue internationale des politiques de soutien aux énergies renouvelables : les enseignements du Danemark, de l'Allemagne et de la Chine », *les cahiers de la chaire Économique du climat* n° 33 (28 octobre 2014) à la p 31, en ligne (pdf) : < <https://www.chaireeconomieduclimat.org/> >.

¹⁹ Féline Marandet, *supra* note 16 à la p 138.

that imported products must be treated no less favourably than domestic products once they have entered domestic commerce (...)»²⁰. Plus précisément l'article III:4 du GATT de 1994 interdit les lois, les règlements et les prescriptions qui favorisent les produits d'origine nationale au détriment de ceux qui sont importés et établis sur le territoire²¹. En ce sens, la clause du traitement national ou encore le principe de la non-discrimination, limite les prérogatives des États membres dans leur capacité d'exercer des politiques nationales de leur choix qui peuvent affecter les conditions de concurrence entre les produits nationaux et étrangers²².

Par compte, le but de la clause du traitement national vise normalement à restreindre le protectionnisme d'État et les règles discriminatoires qui affectent le libre-échange. Mais lorsqu'une mesure de restriction commerciale poursuit un objectif jugé légitime (selon l'appréciation du groupe spécial), il se peut que cette mesure, quoique sujette aux effets discriminatoires, soit compatible dans un certain sens avec le principe du traitement national²³. Pour preuve, dans l'affaire *États-Unis – Taxes sur les automobiles*, quoi qu'il ait été démontré par le plaignant (l'Union européenne) que les mesures contestées affectaient les automobiles importées en accordant à ces dernières un traitement moins favorable que celles d'origine locale, le groupe spécial dans son interprétation avait pourtant déterminé que les mesures de taxation adoptées aux États-Unis sur les automobiles étaient compatibles avec l'article III paragraphe

²⁰ William John Davey, « Concept and History of non-Discrimination Rules », (2011) 354 RCADI à la p 223, en ligne : < www.heinonline.org >.

²¹ L'article III paragraphe 4 du GATT dispose que : « Les produits de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordés aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur. (...) ». Voir l'*Accord Général sur les Tarifs douaniers et le Commerce* (GATT)

²² Véronique Guèvremont, *Valeurs marchandes et droit de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2013 à la p 377.

²³ *Ibid* à la p 385.

2²⁴. Dans ce contexte tout à fait particulier, l'interprétation du groupe spécial peut dans un certain sens être assimilée à cette réflexion qui suit:

« L'État désireux de soutenir leur développement dans un but d'intérêt de la nation et de développement durable pourrait être volontairement tenté de favoriser les producteurs locaux, par exemple, en insérant une clause exigeant une certaine teneur en éléments d'origine locale dans le processus de production de l'énergie en cause; il se peut en outre que la mesure de soutien entraîne une discrimination non planifiée entre producteurs nationaux et producteurs étrangers »²⁵.

Par ailleurs, l'intervention publique pour promouvoir la production d'énergie renouvelable peut se justifier en fonction de deux facteurs. Premièrement, l'aide publique aux énergies renouvelables a pris de l'importance au regard des engagements de l'État²⁶, pour la plupart issus des négociations internationales.

En effet, « Le changement climatique à l'heure actuelle fait l'objet de vifs débats qui mettent en cause le rôle de l'État et du marché, notamment en matière d'équité et de justice sociale, et plus fondamentalement les représentations qui configurent les relations entre économies et systèmes naturels »²⁷. Deuxièmement, vu sa faible maturité technique et économique, le marché des énergies renouvelables paraît compétitivement faible face au marché des énergies nucléaires longtemps déjà établi²⁸. Par conséquent, l'intervention des pouvoirs publics au moyen des financements incitatifs et des mécanismes de subvention s'avère fort nécessaire pour pallier la précarité du marché des énergies renouvelables.

²⁴ *Ibid.* Voir *États-Unis – Taxes sur les automobiles* (Plainte de l'Union européenne) (1994), OMC Doc WT/DS31/R (Rapport du groupe spécial), en ligne : OMC <docs.wto.org>. Il est à noter que ce rapport n'a pas été adopté en raison des controverses qu'il a suscitées.

²⁵ Féline Marandet, *supra* note 16 à la p 138.

²⁶ Marie-Laure Lamy, « Efficacité des politiques environnementales d'incitation à l'adoption de nouvelles techniques : le cas des énergies renouvelables », Thèse de doctorat, Université Pierre Mendès de Grenoble (2004), Sciences Économiques aux pp 29 – 30, [non publiée].

²⁷ Yann Bérard, Daniel Compagnon, « Politiques du changement climatique : des controverses scientifiques à l'action publique », *critique internationale* 62 :1 (2014) à la p 10, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-critique-internationale-2014-1-page-9.htm>>.

²⁸ Féline Marandet, *supra* note 16 à la p 131.

Dans le cadre du programme de tarifs de rachat garantis en Ontario mis en cause à l'OMC, c'est surtout les mesures de prescriptions relatives au contenu local qui ont été vivement critiquées. Le groupe spécial a fait savoir que les mesures de prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux du programme de tarifs de rachat garantis ont priorisé le matériel de production d'origine locale au détriment de celui qui est importé, en accordant à ce dernier un traitement moins favorable. Il s'ensuit que les mesures de prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux ont servi de base à l'incitation des achats de produits locaux. Dans ce sens, le groupe spécial a fait valoir que cette mesure constituait des MIC et violait l'article III:4 du GATT de 1994. À cet égard, le groupe spécial n'a pas pris en considération les objectifs que poursuivaient les mesures de prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux du programme TRG, car les moyens utilisés étaient incompatibles avec les règles de l'OMC. Autrement dit, le groupe spécial cherche à examiner avant tout l'incidence que peut avoir une mesure interne sur la libre concurrence avant de considérer soit, l'objectif légitime de la mesure, soit sa nécessité.

Dans une affaire similaire à celle précédente, *Inde – Cellules solaires*²⁹ (sur laquelle nous reviendrons), le programme de la Mission solaire nationale Jawaharlal Nehru (NSM) en Inde a été contesté pour des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux à l'OMC, parce que celles-ci contrevenaient à la clause du traitement national. Bien que l'Inde avait démontré que ces mesures étaient nécessaires et légitimes au regard des exceptions générales au titre de l'article XX du GATT, le groupe spécial a rejeté sa demande. Il n'a pas examiné la légitimité des objectifs du programme de l'Inde concernant sa politique sur les énergies renouvelables plus précisément à travers la mise en œuvre de la Mission solaire nationale. Son analyse était plutôt centrée sur la conformité de ce programme avec les règles de l'OMC³⁰. Dans ces conditions, lorsqu'un État membre adopte des mesures de protection environnementale qui peuvent avoir des incidences restrictives sur le commerce, il est donc difficile pour celui-ci de bénéficier par-devant l'OMC des dérogations que lui reconnaît l'exception environnementale au regard de

²⁹ *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaire* (Plainte des États-Unis), (2016), OMC Doc WT/DS456/R (Rapport du groupe spécial), en ligne : OMC <docs.wto.org>.

³⁰ *Ibid* au para 7.19.

l'article XX du GATT³¹. Or le chapeau introductif de l'article XX du GATT de 1994 suppose l'admission des restrictions commerciales en droit de l'OMC lorsque celles-ci sont fondées sur des objectifs environnementaux et sociaux sous réserve que cela soit nécessaire et ne constitue pas une restriction déguisée au commerce. Dans cette perspective,

« Il ne s'agit donc manifestement pas de se prémunir contre les restrictions « cachées » au commerce international, qu'une obligation de publicité permettait effectivement d'éviter. Il s'agit plutôt d'éviter que des mesures publiquement annoncées comme environnementales, ne poursuivent en réalité un objectif inavoué de protectionnisme économique »³².

Par ailleurs, le programme de tarifs de rachat garantis et ses contrats connexes constituent la première affaire concernant les énergies renouvelables ayant été contestée par-devant l'OMC pour des mesures d'incitation. Cependant, cette affaire n'a pas pu engager une réflexion sur le bénéfice de l'exception environnementale dans le cadre d'une politique basée sur des mesures restrictives à la libre concurrence en Ontario en vue de contribuer à la préservation de l'environnement et au développement local. L'affaire *Inde*³³ a suscité en revanche le débat concernant les liens entre les mécanismes d'incitation aux énergies renouvelables en vue de la protection de l'environnement et l'application de l'exception environnementale au titre de l'article XX du GATT³⁴. Dans cet même ordre d'idées, nous

³¹Les dispositions de l'article XX du GATT prévoient : « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures : a) nécessaires à la protection de la moralité publique ; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, (...) ; g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées [...] ».

³²Mario Prost, *D'abord les moyens, les besoins viendront après commerce et environnement dans la « jurisprudence » du GATT et de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2005 à la p 75.

³³*Inde – Cellules solaires*, *supra* note 29.

³⁴ Plus précisément l'Inde avait évoqué l'article XX paragraphe d et j. Mais cela n'a pas été justifié selon le rapport du groupe spécial.

chercherons à savoir dans quelle mesure l'affaire *Canada – énergie renouvelable* pourrait contribuer à la mise en œuvre de l'exception environnementale en droit de l'OMC.

En effet, la création de l'Organisation mondiale du commerce a entraîné la prise en compte d'un ensemble de facteurs inhérents à l'activité commerciale, dont la protection de l'environnement³⁵. Il ne s'agit plus seulement d'assurer la libre circulation des marchandises, mais de prendre en considération un besoin aussi important qu'est la préservation environnementale à travers le commerce. Par conséquent, il est admis en droit de l'OMC l'autonomie des États membres en ce qui concerne l'adoption des mesures environnementales qui peuvent déroger aux principes qui sous-tendent le libre-échange. De plus, il existe des instruments juridiques tels que « l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (« l'Accord OTC ») et l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (« Accord OTC ») qui ouvrent des possibilités de conduire des politiques commerciales restrictives pour protéger l'environnement »³⁶.

Bien que les possibilités de faire valoir l'exception environnementale dans un litige commercial existent à l'OMC, mais son effectivité est encore mal assurée dans le système commercial multilatéral. Les conditions dans lesquelles l'exception environnementale peut être évoquée avec succès dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends, se révèlent très contraignantes, voire limitées dans l'interprétation du groupe spécial et de l'Organe

³⁵ Dans le Préambule de l'*Accord de Marrakech* instituant l'Organisation mondiale du commerce, il est stipulé que : « leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ». Voir l'*Accord de Marrakech* instituant l'Organisation mondiale du commerce.

³⁶ Vincent Tomkiewicz, « L'interprétation téléologique au sein de l'OMC et la question de la protection environnementale » dans Hélène Ruiz Fabri et Lorenzo Gradoni, dir, *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, 243 à la p 248.

d'appel³⁷. À ce titre, s'interroger sur l'application de l'exception environnementale à travers le conflit commerce et environnement demeure une problématique récurrente en droit de l'OMC. En effet, le soutien mutuel entre le libre-échange et la protection environnementale pose continuellement un problème de cohérence du moins en pratique. D'un point de vue strictement opérationnel, comment trouver un équilibre juridique entre la nécessité de recourir légitimement à l'exception environnementale tout en respectant les règles de la libération commerciale à l'OMC?³⁸

Dans cette étude nous retenons comme hypothèse que l'affaire *Canada – énergie renouvelable* pourrait constituer un cadre propice pour la mise en œuvre de l'exception environnementale au titre de l'article XX b) du GATT de 1994. L'objectif principal du programme de tarifs de rachat garantis visait le développement local; qui consistait à réduire la dépendance aux énergies fossiles, en incitant à l'utilisation des énergies de sources renouvelables aux fins de la préservation de l'environnement. Ainsi, nous allons développer des arguments qui monteront le caractère nécessaire et légitime des mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis au regard de l'article XX. En effet, la partie la plus importante à l'article XX qui concerne dans une certaine mesure l'énergie renouvelable se retrouve au paragraphe b)³⁹. Ce dernier constitue une option importante pour la justification des mesures de protection environnementale avec des effets de restriction commerciale, sous réserve de satisfaire à la condition de nécessité.

³⁷ Jacques Joël Andela, « L'article XX du GATT de 1994 dans la jurisprudence de l'organe de règlement des différends de l'OMC : une analyse sous le prisme environnemental » (2012), à la p 1 (résumé), en ligne (pdf) : Revue québécoise de droit international : < www.sqdi.org/fr/larticle-xx-du-gatt-de-1994-dans-la-jurisprudence-de-lorgane-de-reglement-des-differends-de-lomc-une-analyse-sous-le-prisme-environnemental/ >. Voir Kristin Bartenstein, « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement » (2002) à la p 654, en ligne (pdf) : Les cahiers de droit – Érudit <www.erudit.org/fr/revues/cd1/2002-v43-n4-cd3832/043727ar/>.

³⁸ Catherine Rosso, *Les mécanismes de flexibilité dans le droit de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2017 à la p 21.

³⁹ Bernadette Le Beau-Ferrarèse, « Marché des énergies renouvelables et droit du libre-échange » dans Stéphane Doumbé-Billé, dir, *Défis énergétiques et droit international*, Bruxelles, Larcier, 2011, 177 à la p 187.

Dans ce travail, nous analyserons premièrement l'interprétation du groupe spécial et de l'Organe d'appel sur les différentes allégations concernant l'affaire en l'espèce. L'analyse de cette décision nous permettra d'examiner l'articulation entre les mesures contestées et les différentes dispositions du droit de l'OMC invoquées, ainsi que la manière dont elles ont été interprétées. Nous en profitons pour discuter des difficultés liées à la compatibilité des mesures d'incitation avec l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC). Deuxièmement, nous discuterons de l'exception environnementale prévue à l'article XX b) et g) du GATT de 1994, en faisant une analyse critique concernant sa valeur juridique et les controverses qui entourent son applicabilité au sein du système commercial multilatéral⁴⁰.

De plus, nous chercherons à savoir si le droit de l'OMC permet réellement aux États membres d'adopter des mesures nationales pour répondre aux exigences environnementales, ensuite nous allons vérifier si l'article XX du GATT constitue une exception au principe du traitement national au titre de l'article III du GATT⁴¹. Dans cette même veine nous tenterons d'établir les possibilités de la mise en œuvre de l'exception environnementale dans l'affaire *Canada – énergie renouvelable*.

En outre, cette étude tend à porter une réflexion prospective sur le potentiel que constituent les énergies renouvelables pour une interprétation renouvelée de l'article XX du GATT de 1994. Pour mener à bien notre réflexion, nous appuierons notre analyse et notre argumentation sur les interprétations jurisprudentielles et la doctrine pertinente portant sur les questions relatives à l'articulation entre la protection de l'environnement et la libération du commerce en droit de l'OMC.

⁴⁰ Mehdi Abbas, « L'Organisation mondiale du commerce et l'environnement : aspects institutionnels et réglementaires » (2004) à la p 5, en ligne : < <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00002712> >.

⁴¹ Voir Mike Meier, « GATT, WTO, and the Environment: to what extent do GATT/WTO rules permit Member Nations to protect the environment when doing so adversely affect trade? » (1997) à la p 243, en ligne (pdf): Colorado journal of International environmental Law and Policy <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/colenvlp8&div=15&g_sent=1&casa_token=&collection=journals#>>.

Chapitre I - La remise en cause à l'OMC du programme ontarien de tarifs de rachat garantis pour le soutien aux énergies renouvelables

Dans cette espèce, l'Organe d'appel a condamné l'illégalité d'une loi en faveur de la production d'énergie renouvelable dans une province canadienne, parce qu'elle contrevenait aux dispositions du GATT et du droit de l'OMC. L'adoption en 2009 de la loi sur l'énergie verte et l'économie verte en Ontario (LEV) a projeté une série de mesures qui poursuivaient globalement l'encadrement du secteur d'énergie renouvelable pour la production d'électricité verte. En l'espèce, « cette loi visait à favoriser l'entrée sur le marché de producteurs d'énergie renouvelable, qui, sinon, n'y seraient pas suffisamment incités. Par la suite, le 24 septembre 2009, le ministre de l'Énergie a publié une directive donnant pour instruction à l'OEO de créer le programme TRG »⁴².

Par ailleurs, le but du programme de tarifs de rachat garantis (TRG) consistait à attirer de l'investissement local en encourageant les producteurs d'électricité moyennant des prix réduits et stables, d'utiliser des sources d'énergie renouvelable à faible émission de gaz à effet de serre dont l'énergie éolienne ou solaire photovoltaïque. Le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux auquel les producteurs nationaux doivent se soumettre dans le cadre du programme TRG constituait une incitation à l'utilisation des produits originaires de l'Ontario de préférence à des produits d'autre origine dans leurs installations de production d'énergie solaire photovoltaïque ou éolienne⁴³. De plus, l'utilisation de matériels d'origine locale pour la production d'électricité faisait partie intégrante des modalités d'accéder aux contrats relatifs au programme de tarifs de rachat garantis. Il va sans dire que le programme TRG tout en créant des impacts positifs sur la vie des entrepreneurs locaux a introduit un déséquilibre sur les gros marchés d'électricité renouvelable par l'entremise des prescriptions relatives à la teneur en

⁴² *Canada – énergie renouvelable*, *supra* note 1 à la partie 30, Addendum (Rapport du groupe spécial).

⁴³ *Ibid* au para 7.69.

éléments nationaux. En conséquence, cette disposition violait entre autres le principe de la libre concurrence et a été remise en cause à l'OMC par le Japon et l'Union européenne.

I- Les allégations concernant l'incompatibilité du programme de tarifs de rachat garantis à l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)

Les principaux plaignants (le Japon et l'Union européenne) soutenaient que les mesures de prescription relatives à la teneur en éléments nationaux appliquées au programme de tarifs de rachat garantis sont contraires à l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC). En ce qui a trait à l'incompatibilité du programme TRG et ses contrats connexes à l'Accord sur les MIC, le groupe spécial a examiné les fondements du programme TRG pour déterminer si celui-ci constitue une mesure d'investissement (A) et de voir ensuite si cette mesure est incompatible à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC (B).

A- La qualification juridique du programme TRG au regard de l'Accord sur les MIC

En ce qui concerne la qualification juridique du programme de TRG et ses contrats connexes, les plaignants se sont référés à l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce. Toutefois, cet Accord ne dispose pas de définition concernant les MIC, et n'apporte aucune précision sur les mesures d'investissement. Il est alors laissé à la discrétion des juges de l'OMC de déterminer si une mesure commerciale relève de l'Accord sur les MIC.⁴⁴ Pour établir que le programme TRG et ses mesures connexes constituent des MIC, le Japon a soutenu que le programme TRG et ses contrats connexes concernent l'investissement, car par l'entremise des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux, ces mesures visaient à encourager les investissements dans le secteur de la production

⁴⁴ *Ibid* au para 7.108. Voir par exemple Maher El Euch « La notion de mesures concernant l'investissement et liées au commerce (MIC) », (3 mai 2010), en ligne : « <https://www.village-justice.com/articles/notion-mesures-concernant,7800.html> ».

d'énergie renouvelable qui affectent le commerce des marchandises et, ce faisant, priorisaient les produits nationaux sur les produits importés.⁴⁵

L'Union européenne a aussi affirmé que le programme de TRG et ses contrats connexes sont des mesures concernant les investissements parce qu'ils participent au développement de fabrication de matériel de production locale et que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux qui s'y attachent sont incontestablement liées au commerce, car elle a créé une situation d'incitation d'achats des produits de fabrication locale au détriment de ceux qui sont similaires venant de l'extérieur.⁴⁶ Par la suite, le groupe spécial a adopté l'approche des plaignants sur la qualification du programme TRG au regard des MIC. En effet, il a affirmé tout comme les plaignants que l'objectif du programme de tarifs de rachat garantis vise l'incitation en faveur de l'investissement dans l'industrie des énergies renouvelables pour la production d'électricité, et par conséquent, cette mesure constitue une MIC au sens de l'Accord sur les MIC⁴⁷.

Par contre, toute mesure d'investissement n'est pas automatiquement interdite en droit de l'OMC. À cet égard, l'Accord sur les MIC établit une liste exemplative de mesures concernant les investissements qui sont incompatibles au principe du traitement national, notamment « celles qui sont obligatoires ou qui ont force exécutoire en vertu de la législation nationale ou de décisions administratives, ou auxquelles il est nécessaire de se conformer pour obtenir un avantage [...] »⁴⁸. En ce sens, les mesures concernant les investissements qui sont prohibées sont celles ayant des effets de distorsion sur les échanges internationaux⁴⁹. D'ailleurs, l'objectif de l'Accord sur les MIC vise à promouvoir la libération commerciale et condamne par-là les mesures internes concernant les investissements qui sont discriminatoires⁵⁰ au titre de

⁴⁵ *Canada – énergie renouvelable*, *supra* note 1 au para 7.72 (Rapport du groupe spécial)

⁴⁶ *Ibid* au para 7.79.

⁴⁷ *Ibid* au para 7.109.

⁴⁸ Voir l'Annexe de l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*.

⁴⁹ Marc Bachetta, « Les investissements directs dans l'OMC » (1997), *Revue française d'économie*, 12 : 4 à la p 72, en ligne : < https://www.persee.fr/doc/rfec_0769-0479_1997_num_12_4_1034 >.

⁵⁰ *Ibid* à la p 73.

l'article III paragraphe 4 du GATT de 1994 et qui concernent également l'article 2 paragraphe 1 de l'Accord sur les mesures d'investissement et liées au commerce.

B- L'incompatibilité des mesures relatives au programme TRG à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC

Après avoir établi que le programme TRG et ses mesures connexes constituent des MIC, il convient d'examiner si ces MIC sont incompatibles aux dispositions de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Au fait, l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC prévoit : « sans préjudice des autres droits et obligations résultant du GATT de 1994, aucun Membre n'appliquera de MIC qui soit incompatible avec les dispositions de l'article III ou de l'article XI du GATT de 1994 »⁵¹. Le groupe spécial a souligné dans son interprétation le sens de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, en précisant que toute mesure qui est incompatible à l'article III:4 du GATT de 1994 et qui est une MIC, est incompatible à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC⁵².

Le groupe spécial a toutefois indiqué que : « il ne s'ensuit pas que les MIC ayant les mêmes caractéristiques que celles qui sont décrites au paragraphe 1 a) de la Liste exemplative doivent automatiquement être jugées incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 [...] »⁵³. Autrement dit, toute mesure d'investissement qui enfreint soit l'article 2 paragraphe 1 de l'Accord sur les MIC ou qui relève de la liste exemplative dudit Accord n'est pas toujours incompatible avec le principe de traitement national. Par cette approche, le groupe spécial entend souligner le lien autonome existant entre l'Accord sur les MIC et l'article III du GATT de 1994. Ce qui expliquerait que l'Accord sur les MIC a une existence juridique propre qui ne découlerait pas de la règle de la non-discrimination⁵⁴. Or, dans la plupart des cas, pour ce qui attrait à l'interprétation de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, on fait souvent ressortir le lien

⁵¹ Voir l'article 2:1 de l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*.

⁵² *Canada – énergie renouvelable*, *supra* note 1 au para 7.117 (Rapport du groupe spécial).

⁵³ *Ibid* au para 7.119.

⁵⁴ Pierre Monnier, « Indonésie-Certaines mesures affectant l'industrie automobile », dans Brigitte Stern et Hélène Ruiz Fabri, dir, *La jurisprudence de l'OMC / The case-Law of the WTO 1998-2*, Boston, Leiden, 2006, 2 à la p 12.

existant entre l'Accord sur les MIC et l'article III du GATT de 1994⁵⁵. D'ailleurs, c'est en raison de l'application d'une mesure d'investissement contraire à l'article III du GATT de 1994 qu'on évoque la violation de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Autrement dit, il ne saurait y avoir de violation de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, si une mesure d'investissement incompatible à la clause du traitement national (plus précisément à l'article III:4 du GATT) n'avait été appliquée par un membre de l'OMC. Dans la lignée de cette approche, il s'agit d'analyser les interprétations qui ont été faites concernant les allégations portant sur la clause du traitement national.

⁵⁵ *Ibid.* Dans ce contexte, nous avons pris le contre-pied d'une affirmation de l'auteur Pierre Monnier qui a souligné qu'à travers l'affaire *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, le groupe spécial a montré que « l'Accord sur les MIC a une existence juridique autonome indépendante de celle de l'article III.

II- Analyse de l'allégation concernant la clause du traitement national

Un autre motif relatif à la contestation du programme TRG et ses mesures connexes est, son incompatibilité au principe du traitement national prévu au paragraphe 4 de l'article III du GATT de 1994. « L'allégation concernant la dérogation au traitement national porte principalement sur le « niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux », imposé dans le cadre du programme TRG ainsi que des contrats TRG et microTRG »⁵⁶. Il sera question de voir le mode d'interprétation qui a été fait pour montrer l'incompatibilité du programme TRG à l'article III:4 du GATT de 1994 (A) et de ce fait, les conditions ayant empêché l'application de l'article III:8 a) dans ce cas d'espèce (B).

A- La cause entraînant la violation de la clause du traitement national dans le cadre du programme de tarifs de rachat garantis : la limite de son interprétation

Lors de l'examen de la compatibilité du programme de tarifs de rachat garantis à la clause du traitement national, le groupe spécial a pris en considération les allégations et constatations établies par les plaignants, mettant en cause le caractère discriminatoire des mesures relatives au programme TRG. En effet, le Japon a estimé que les mesures relatives au programme TRG ainsi que des contrats TRG et micro TRG qui font l'objet de contestation sont :

« Des prescriptions affectant la vente, l'achat et l'utilisation de matériel de production d'énergie renouvelable sur le marché intérieur et accordent au matériel importé un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires originaires de l'Ontario. Premièrement, le matériel de production d'énergie renouvelable fabriqué localement en Ontario et celui qui est importé du Japon sont des "produits similaires" parce qu'ils sont directement concurrents sur le marché et qu'il n'y a aucune différence substantielle entre le matériel national et le matériel importé en ce qui concerne leurs propriétés physiques, les utilisations finales, les perceptions des consommateurs et les classements tarifaires »⁵⁷.

⁵⁶ *Canada – énergie renouvelable*, *supra* note 1 au para 7.123 (Rapport du groupe spécial).

⁵⁷ *Ibid* au para 7.73 (Rapport du groupe spécial).

Par conséquent, selon le Japon, le programme TRG par le biais des prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux a violé l'article III:4 du GATT de 1994. Pour sa part, l'Union européenne a indiqué en s'alignant sur la position du Japon que l'application du « minimum requis de teneur en éléments nationaux » comporte une réglementation intérieure discriminatoire envers les produits étrangers, ce qui est incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994⁵⁸.

En outre, le groupe spécial dans son interprétation sur les allégations concernant la clause du traitement national n'a pas fait référence au prescrit de l'article III paragraphe 4 du GATT de 1994, alors que la violation dudit article constitue l'objet même des contestations des parties plaignantes. En revanche, son raisonnement était plutôt axée sur la dérogation de l'article 2:1 et 2 de l'Accord sur les MIC qui concernent à la fois le traitement national et les restrictions quantitatives, sans oublier leur référence aux dispositions se trouvant au paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC. Par conséquent, à notre avis, le groupe spécial n'a pas analysé véritablement les allégations concernant le traitement national au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. Pour ce faire, il devrait examiner si les plaignants avaient prouvé que les mesures en causes étaient visées par le contenu de l'article III paragraphe 4 du GATT de 1994, indépendamment des dispositions de l'article 2:1 et de l'article 2:2 de l'Accord sur les MIC, car lesdites dispositions ne concernent pas exclusivement la clause du traitement national. Il devrait déterminer également si les produits importés auxquels était accordé un traitement moins favorable que ceux d'origine nationale et qu'entre lesquels il existait un rapport de concurrence sur le marché, étaient réellement similaires.

S'agissant de la question de savoir si les deux produits étaient similaires, le groupe spécial s'est fondé exclusivement sur l'approche des parties plaignantes qui paraît un peu légère à notre avis. Les plaignants ont établi que les deux produits étaient similaires parce qu'ils sont fabriqués par les mêmes substances matérielles et étaient aussi concurrents sur le marché. Mais

⁵⁸ *Ibid* au para 7.80 (Rapport du groupe spécial).

le fait que les deux produits semblent avoir les mêmes propriétés physiques et peuvent être concurrents sur le marché, cela ne détermine pas immédiatement leur similarité. Car, selon le groupe spécial dans l'affaire *CE – Amiante*, pour déterminer la similarité entre les produits, quatre critères fondamentaux doivent être pris en compte dont : « les propriétés, nature et qualité des produits; l'utilisation finale des produits; les goûts et habitudes des consommateurs et le classement tarifaire des produits »⁵⁹.

Le groupe spécial devrait se référer à ces principaux critères avant de conclure que le programme TRG et l'ensemble de ses dispositions constituent une violation de l'article III:4 du GATT de 1994. Et quoiqu'il a été constaté que le groupe spécial n'a pas procédé à une analyse en profondeur et séparée au sujet des allégations portant sur la violation de l'article III:4, l'Organe d'appel a toutefois confirmé l'approche du groupe spécial en soulignant que :

« Le traitement national figurant à l'article III:4 du GATT de 1994 et dans l'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce que les disciplines énoncées à l'article 3.1 b) de l'Accord sur les MIC sont des obligations cumulatives. L'article III:4 du GATT de 1994 et l'Accord sur les MIC, ainsi que l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, interdisent l'utilisation de prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux dans certaines circonstances. Ces dispositions concernent le comportement discriminatoire. Nous n'y voyons rien qui indique qu'il y a un ordre d'analyse à suivre lorsque des allégations sont formulées au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'Accord sur les MIC, d'une part, et de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, d'autre part »⁶⁰.

Le fait que la mesure en cause concerne fondamentalement les mesures de prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux, l'Organe d'appel a précisé que l'ordre dans lequel le groupe spécial a examiné et interprété les différentes allégations n'a guère d'importance⁶¹. Mais, à notre avis l'analyse de l'Organe d'appel sur les rapports du groupe spécial semble se situer à contre-courant de l'article 11 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, prescrivant qu' :

⁵⁹ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits contenant*, (Plainte du Canada), (2001), OMC Doc WT/DS135/R au para 3.414 (Rapport du groupe spécial), en ligne : OMC <docs.wto.org>.

⁶⁰ *Canada – énergie renouvelable*, *supra* note 1 au para 5.5 (Rapport de l'Organe d'appel).

⁶¹ *Ibid.*

« [...] un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés [...] » ⁶².

En effet, dans l'analyse des rapports du groupe spécial, l'Organe d'appel s'est limité à faire ressortir la disposition qui traite le mieux la mesure en cause qui sont les « prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux », en ne s'attardant pas sur des détails factuels et d'autres allégations considérables mentionnées dans cette affaire. Ce qui revient à dire que l'Organe d'appel n'a pas mis en exerce le principe d'interprétation de l'effet utile⁶³ pour mieux aborder les allégations concernant la violation des dispositions de l'article III paragraphe 4 du GATT de 1994. Ce que nous considérons comme un manquement dans son analyse. Par compte, en se référant aux dispositions de l'article III:8 a) du GATT de 1994, comment est-ce que le programme TRG pourrait-il constituer une exception à l'application de la clause de traitement national ?

B- Les contraintes à l'application de l'article III:8 a) au titre de dérogation à la clause du traitement national

Après avoir déterminé si les mesures en cause sont incompatibles au principe de non-discrimination au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, le groupe spécial s'est penché sur la question « de savoir si les mesures contestées sont exclues du champ d'application de l'article

⁶² Voir l'article 11 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

⁶³ Concernant la définition de l'effet utile, l'Organe d'appel dans l'affaire *Corée – Produits laitiers* a apporté cette précision : « Compte tenu du principe d'interprétation de l'effet utile, celui qui interprète un traité a le devoir de lire toutes les dispositions applicables du traité de façon à donner un sens à toutes, harmonieusement. Un corollaire important de ce principe est qu'il faut interpréter un traité dans son ensemble et, en particulier, lire ses sections et parties dans leur ensemble ». Voir *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, (Plainte des Communautés européennes), (1999), OMC Doc WT/DS98/AB/R, au para 81, (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <docs.wto.org>.

III:4 du GATT de 1994 en vertu de l'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 »⁶⁴. Pour ce faire, le groupe spécial s'est référé au paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC et de l'article 2:1 dudit Accord afin de déterminer si celles-ci rentrent dans le champ d'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994 aux mesures contestées⁶⁵. Premièrement, l'article 2:1 interdit l'application des MIC qui sont contraires à l'obligation d'accorder le traitement national.

Deuxièmement le paragraphe 1 a) de la Liste exemplative figurant dans l'Annexe de l'Accord sur les MIC mentionne que « les MIC qui sont incompatibles au traitement national sont celles qui sont obligatoires en vertu des lois ou décisions administratives et auxquelles il est nécessaire de se conformer pour bénéficier un avantage en rapport avec l'achat ou l'utilisation des produits d'origine locale par une entreprise »⁶⁶. Toutefois, l'article III:8 a) du GATT de 1994 prescrit que :

« Les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce »⁶⁷.

Selon lesdites dispositions, les lois, les règlements internes et les mesures de prescriptions régissant l'acquisition des biens pour les besoins des pouvoirs publics ne sont pas incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national figurant à l'article III paragraphe 4 du GATT de 1994 et à l'article 2 paragraphe 1 de l'Accord sur les MIC. Dans cette espèce, le groupe spécial a estimé dans un premier temps que « les dispositions de l'article III:4 qui sont mentionnées à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC concerne l'article III:8 a). Car cette disposition écarte l'applicabilité des obligations énoncées à l'article III du GATT [...] »⁶⁸.

⁶⁴ *Canada – énergie renouvelable, supra* note 1 au para 7.113.

⁶⁵ *Ibid* au para 7.117.

⁶⁶ *Ibid* au para 7.115.

⁶⁷ Voir l'article III paragraphe 8 du GATT de 1994.

⁶⁸ *Canada – énergie renouvelable, supra* note 1 au para 7.118.

Néanmoins, le groupe spécial a remarqué que dans le cadre du programme de tarifs de rachat garanti, les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux constituaient une condition nécessaire qui affectait à la fois le matériel de production d'énergie renouvelable et le produit final qui est l'électricité⁶⁹.

De plus, l'acquisition de l'électricité par les pouvoirs publics était destinée à une revente dans le commerce⁷⁰. Dans ce cas, le groupe spécial a abouti à la conclusion que le Canada ne pouvait pas évoquer l'applicabilité de l'article III:8 a) du GATT de 1994⁷¹ en sa faveur. Par ailleurs, l'Organe d'appel dans son analyse a confirmé la conclusion du groupe spécial tout en apportant une certaine nuance et précision dans son interprétation. Il a rappelé que « l'article III:8 a) limite l'obligation d'accorder le traitement national pour l'acquisition des biens dans le cadre des activités des pouvoirs publics, mais il n'est pas une justification pour des mesures qui sont contraires à cette obligation »⁷². Selon l'Organe d'appel pour que l'article III:8 a) soit applicable au titre de dérogation à l'obligation d'accorder le traitement national en vue de faire l'acquisition des produits pour les pouvoirs publics, il faut que :

« le produit acheté soit dans un rapport de concurrence avec le produit importé qui fait l'objet de discrimination, et il faut que les produits achetés soient utilisés par les pouvoirs publics, consommé par les pouvoirs publics ou fourni par les pouvoirs publics à des bénéficiaires dans l'exercice de leurs fonctions publiques »⁷³.

En effet, l'Organe d'appel a constaté qu'il y avait une différence entre l'acquisition de l'électricité par les pouvoirs publics et le produit qui faisait l'objet des prescriptions discriminatoires qui est le matériel de production d'électricité⁷⁴. De plus, selon l'Organe d'appel les deux produits n'étaient pas dans un rapport de concurrence. Ainsi, « la discrimination

⁶⁹ *Ibid* au para 7.127.

⁷⁰ *Ibid* au para 7.147.

⁷¹ *Ibid* au para.7.152

⁷² *Ibid* au para 5.56 (Rapport de l'Organe d'appel).

⁷³ *Ibid* au para 5.74 (Rapport de l'Organe d'appel).

⁷⁴ *Ibid* au para 5.75 (Rapport de l'Organe d'appel).

relative au matériel de production inscrite dans le programme et les contrats TRG n'est pas couverte par la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994 »⁷⁵.

⁷⁵ *Ibid* au para 5.79, (Rapport de l'Organe d'appel).

III- Le constat de subventions prohibées appliquées au programme de tarifs de rachat garantis : les difficultés d'établir leur compatibilité au titre de l'Accord SMC

La question des subventions faisait également partie des mesures contestées concernant le programme de tarifs de rachat garantis. Il en ressort qu'un financement de prix pour l'achat de biens par des pouvoirs publics aurait servi de soutien pour inciter les producteurs locaux à investir dans la production des énergies renouvelables. Ici, notre intention est d'examiner les interprétations du groupe spécial et de l'Organe d'appel sur l'affaire en question conformément à *l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* (A). Il serait important de voir dans quelle mesure une contribution financière des pouvoirs publics en faveur de la production des énergies renouvelable octroie un avantage ? (B) À ce titre, nous tenterons d'intervenir sur les difficultés de la jurisprudence de l'OMC à apporter une réponse adéquate concernant la conformité des mesures de soutien aux énergies renouvelables avec l'Accord SMC (C).

A- Analyse sur les mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis au titre de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC)

Les mesures contestées ont été qualifiées par les plaignant de contribution financière équivalente à « une forme de "transfert direct de fonds" ou de "transfert direct potentiel de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC ou, à titre subsidiaire, une forme de "soutien des revenus ou des prix" au sens de l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC »⁷⁶. Notamment, les plaignants alléguèrent que les pouvoirs publics à travers le programme de tarifs de rachat garantis, financent les producteurs d'énergie renouvelable à partir de paiements en espèces, équivalents à une forme de contribution financière ou de soutien de revenus ou de prix ou encore de transfert direct de fond, en échange de l'injection de l'électricité dans le réseau électrique de l'Ontario. Les pouvoirs publics soutiennent littéralement la production nationale en exigeant

⁷⁶ *Ibid* au para 7.169, 7.176 (Rapport du groupe spécial).

une certaine teneur en éléments nationaux « ayant pour effet de limiter l'importation des matériels pour la production d'énergie renouvelable en Ontario »⁷⁷. Ainsi, les mesures contestées ont été qualifiées par les plaignants de subventions qui sont interdites en droit de l'OMC. Avant d'analyser l'interprétation donnée par le groupe spécial et l'Organe d'appel concernant les allégations portant sur l'incompatibilité du programme TRG avec l'Accord SMC, il est nécessaire de se référer aux dispositions de l'Accord SMC sur la question de subvention.

En effet, l'Accord SMC aux termes de l'article 1.1 a) 1), 1.1 a) 2) b) et de l'article 2.1 fixent les conditions qui caractérisent une subvention. Ainsi, une action peut être qualifiée de subvention, quand il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou un soutien de revenus, et si un avantage est aussi conféré à une entreprise, à un groupe d'entreprise ou une branche de production nationale⁷⁸. En effet, les aides d'État au commerce se classent en trois

⁷⁷ *Ibid* au para 7.177 (Rapport du groupe spécial).

⁷⁸ L'article 1.1 de l'*Accord SMC* se lit comme suit : « Aux fins du présent accord, une subvention sera réputée exister :

a) i) s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre (dénommés dans le présent accord les « pouvoirs publics. »), c'est-à-dire dans le cas où :

i) une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds (par exemple, sous la forme de dons, prêts et participation au capital social) ou des transferts directs potentiels de fonds ou de passif (par exemple des garanties de prêt);

ii) des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçus (par exemple, dans le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôts);

iii) les pouvoirs fournissent des biens ou des services autres qu'une infrastructure générale, ou achètent des biens ;

iv) les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, ou chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérées aux alinéas i) à iii) qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics;

ou

a) 2) s'il y a une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994;

catégories dans l'Accord SMC. On distingue : les subventions prohibées, les subventions contestables pouvant donner lieu à une action et les subventions ne pouvant pas donner lieu à une action ou subventions permises⁷⁹.

Une subvention est dite prohibée ou illégale quand elle est subordonnée aux résultats à l'exportation et quand elle est aussi subordonnée à l'utilisation des produits nationaux de préférence à des produits importés⁸⁰. On dit qu'elle est de nature à apporter des effets défavorables dans les échanges en établissant une discrimination entre les mêmes produits en situation de concurrence. L'Accord SMC décrit cette catégorie de subvention comme étant spécifique, car elle est destinée à soutenir une branche de production nationale ou lorsqu'une autorité en vertu de son pouvoir discrétionnaire, octroie des avantages bénéfiques ou des conditions favorables à un nombre limité d'entreprises au détriment des autres qui évoluent dans le même secteur.⁸¹

Dans la même lignée, le programme de tarifs de rachat garantis pourrait bien être identifié comme une subvention spécifique, mais il est trop tôt pour tirer une conclusion sans analyser le raisonnement du groupe spécial et celui de l'Organe d'appel. Dans cette espèce, au moins l'une des conditions qui définissent l'existence d'une subvention a été constatée⁸². Mais le débat a été porté de préférence sur la nature de cette subvention contestée. Ainsi pour le groupe spécial, la qualification juridique qui conviendrait le mieux au programme de tarifs de rachat garantis est celle « d'achats de biens par les pouvoirs publics » au regard de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC⁸³. En fait, le prix contractuel payé par les pouvoirs publics pour l'achat d'électricité dans le cadre du programme TRG, constitue un moyen d'attirer l'investissement dans la production de l'électricité provenant des énergies renouvelables, selon

⁷⁹ *Ibid*, arts 3, 5, 8.

⁸⁰ *Ibid*, arts 3.1 a) et b).

⁸¹ *Ibid*, art. 2.

⁸² *Canada – énergie renouvelable, supra* note 1 (Rapport de l'Organe d'appel).

⁸³ *Ibid* au para 7.243 (Rapport du groupe spécial).

le groupe spécial. En outre, le prix contractuel est versé si et seulement si l'électricité est fournie ou dans le but de faire l'acquisition de l'électricité⁸⁴.

Par conséquent, on ne pourrait considérer que ce moyen constitue un financement ou un don à l'installation de ce projet⁸⁵. Néanmoins, le groupe spécial a reconnu que les mesures en causes pourraient être aussi qualifiées de « transferts directs de fonds », parce qu'elles impliquaient l'obligation d'un échange de droits et d'obligations des paiements en espèce. Mais pour des raisons d'économie jurisprudentielle, il n'a pas retenu d'autres qualifications que celle de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC. De ce fait, il n'a pas considéré les arguments des plaignants selon lesquels les mesures contestées peuvent être aussi qualifiées des "transferts directs de fonds", des "transferts directs potentiels de fonds" ou un "soutien des revenus ou des prix. Même si le groupe spécial a admis que les mesures en cause pouvant être décrites comme une contribution financière pour l'achat des biens par les pouvoirs publics au terme de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC, cela n'en permet pas moins de conclure qu'il s'agisse d'une subvention. Mais au-delà de la constatation d'une aide accordée par les pouvoirs publics au programme de tarifs de rachat de garantis à titre de contribution financière ou de transfert de fonds ou de soutien de revenus, pour qu'une mesure soit considérée comme une subvention, il faut qu'elle confère un avantage au bénéficiaire.

⁸⁴ *Ibid* au para 7.223.

⁸⁵ *Ibid*.

B- Les limites à l'établissement d'un avantage conféré dans le cadre du programme de tarifs de rachat garantis

La question d'« avantage » n'est pas définie dans l'accord SMC précisément à l'article 1.1 b)⁸⁶. Mais pour déterminer si un avantage a été conféré à un bénéficiaire en cas de subvention au titre de l'article premier dudit accord, il revient à déterminer si la contribution financière d'un gouvernement a placé le bénéficiaire à une situation meilleure qu'il ne l'était avant sur le marché⁸⁷. « Dans le contexte de ce différend, le marché peut constituer un repère pour faire la comparaison »⁸⁸. Dans cette affaire, pour déterminer que les mesures contestées confèrent un « avantage », les arguments des plaignants étaient fondés sur l'existence du marché de gros d'électricité en Ontario et sur la rémunération d'électricité produite à partir des sources éolienne et photovoltaïque par l'intervention des pouvoirs publics sur le marché. En effet, les plaignants ont demandé au groupe spécial de constater que le programme TRG et ses mesures connexes ont conféré un avantage parce qu'ils permettent aux producteurs d'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelable de bénéficier d'un prix qui est supérieur au prix d'électricité sur le marché. Autrement dit, par les interventions des pouvoirs publics, le programme TRG garantit aux producteurs d'électricité éolienne et photovoltaïque une rémunération supérieure au prix d'électricité sur le marché de gros d'électricité et qu'en absence de ce programme ces

⁸⁶ L'article 1.1 b) de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) ne donne aucune définition précise concernant la notion de l'avantage en cas de subvention. Dans ce cas, la tâche revient à la jurisprudence de l'OMC de donner son interprétation sur cette notion. Voir Agbodjan Prince Hervé, *Le droit de l'OMC et l'agriculture : Analyse critique et prospective du système de régulation des subventions*, Montréal, Thémis, 2012 à la p 143.

⁸⁷ Agbodjan Prince Hervé, *supra* note 86 à la p 142. Voir également l'affaire *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, (Plainte du Brésil) (1999), OMC Doc WT/DS70/AB/R au para 9.112 (Rapport du Groupe spécial), en ligne : OMC <docs.wto.org>.

⁸⁸ *Canada – énergie renouvelable*, *supra* note 1 au para 7.271 (Rapport du groupe spécial).

producteurs n'arriveraient pas à bénéficier de ce prix sur le marché, car ils seraient exposés à des conditions moins avantageuses ou moins rentables⁸⁹.

Donc selon les plaignants, il a fallu la création du programme TRG pour que les producteurs d'énergie renouvelable puissent apparaître sur le marché. Ils allèguent que la rémunération offerte par les pouvoirs publics aux producteurs d'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelable montre qu'il existe un certain bénéfice, et que le groupe spécial devrait centrer son analyse sur la différenciation entre le prix de l'électricité non renouvelable sur le marché et le prix de l'électricité garanti par les pouvoirs publics aux fins de découvrir l'existence d'avantage conféré⁹⁰. S'appuyant sur le raisonnement du Canada, le groupe spécial déclare que les arguments des plaignants ne le permettent pas de déterminer si les mesures contestées confèrent un avantage. En effet, l'existence du marché de gros d'électricité en Ontario sur lequel les plaignants se sont penchés pour déterminer un « avantage » n'est pas un moyen fiable et efficace aux fins de l'analyse d'un « avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Parce que le marché d'électricité de l'Ontario est un marché diversifié dans lequel s'insère le marché d'électricité verte initié par le programme de tarifs de rachat garantis. Et pour déterminer l'existence de « l'avantage » le groupe spécial s'est référé à l'article 14 d de l'Accord SMC qui sert de cadre d'orientation pour compléter l'article 1.1 b) sur la notion d' « avantage » en question⁹¹.

En effet, selon les dispositions de l'article 14 d), l'achat des biens et des services par les pouvoirs publics ne confère pas un avantage à un bénéficiaire, sauf si l'achat a été fait moyennant un prix plus élevé ou moins élevé que celui du marché. Par conséquent, pour évaluer l'adéquation de la rémunération, on devra prendre en compte les conditions du marché existant pour déterminer le prix, la qualité du produit et bien d'autres conditions d'achat ou de vente⁹². Selon le paragraphe d de l'article 14 de l'Accord SMC, les conditions du marché peuvent constituer un point de repère pertinent pour déterminer l'existence d'un « avantage » lorsqu'il y

⁸⁹ *Ibid* aux para 7.251- 52 (Rapport du groupe spécial).

⁹⁰ *Ibid* aux para 7.255, 7. 267 (Rapport du groupe).

⁹¹ *Ibid* au para 2.182 (Rapport de l'Organe d'appel).

⁹² *Ibid* aux para 7.271- 72 (Rapport du groupe spécial).

a une inadéquation entre le prix d'une fourniture sur le marché et le prix proposé par les pouvoirs publics pour en faire l'acquisition.

En revanche, l'existence de marché de gros d'électricité n'est pas déterminant aux fins de vérification d'un « avantage », d'après le groupe spécial. D'abord, les caractéristiques du marché de gros d'électricité en Ontario ne répondent au critère pour le considérer comme un point de repère. Car il n'est pas un marché unique sur lequel s'exerce une concurrence effective. Ensuite, le marché de gros d'électricité est considéré :

« Comme faisant partie d'un réseau d'électricité qui est défini sur presque tous les aspects par des décisions de politique générale et des règlements des pouvoirs publics de l'Ontario concernant l'approvisionnement diversifié nécessaire pour assurer à la province un approvisionnement en électricité sûr, fiable et durable à long terme, ainsi que la manière dont les coûts de ce réseau seront récupérés »⁹³.

Il s'ensuit de ce qui précède, qu'il est difficile de considérer le marché de gros comme un élément central pour expliquer la question d'avantage. Le moyen déterminant pour établir l'avantage devrait être les « différentes transactions commerciales dans le cadre des contrats TRG et microTRG au regard des actions d'acheteurs d'électricité privées sur un marché de gros sur lequel les conditions de l'offre et de la demande sont analogues à celles qui existent actuellement en Ontario »⁹⁴. Selon le groupe spécial,

« Pour déterminer si les mesures contestées confèrent un avantage, il faut faire la comparaison entre le taux de rendement obtenu par les producteurs TRG en vertu des modalités et conditions des contrats TRG et microTRG avec le coût moyen du capital au Canada pour des projets ayant un profil de risque comparable pendant la même période »⁹⁵.

Par ailleurs, le groupe spécial fait savoir que les prix contractuels fixés par les pouvoirs publics au programme TRG ne sont pas non plus déterminants dans la recherche d'avantage,

⁹³ *Ibid* au para 7.308 (Rapport du groupe spécial).

⁹⁴ *Ibid* au para 7.322 (Rapport du groupe spécial).

⁹⁵ *Ibid* au para 7.323 (Rapport du groupe spécial).

parce que « le niveau d'équilibre du PHEO est une conséquence directe des décisions des pouvoirs publics de l'Ontario concernant la politique de tarification de l'électricité et l'approvisionnement diversifié⁹⁶ ». Et pour répondre à l'hypothèse des plaignants ayant fait savoir qu'en l'absence du programme TRG, les producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque ne pourraient répondre au jeu de l'offre et de la demande du marché de gros d'électricité, le groupe spécial a indiqué qu'en raison de la complexité du réseau d'électricité en Ontario et des conditions existantes de l'offre et de la demande, le marché de gros serait incapable d'attirer ce nouveau projet d'investissement qu'est le programme TRG sans l'intervention des pouvoirs publics. Pour ces mêmes raisons énoncées précédemment, le groupe spécial a conclu que les plaignants n'ont pas apporté de preuves suffisantes pour montrer que les mesures contestées conféraient un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC⁹⁷.

En revanche, l'Organe d'appel dans son appréciation a critiqué la façon dont le groupe spécial a examiné les arguments des plaignants et leurs points de repère qui concernent à la fois le marché de gros d'électricité et la rémunération aux fins de l'analyse de l'avantage. D'après l'analyse de l'Organe d'appel, le groupe spécial aurait dû définir lui-même le marché pertinent pour déterminer l'avantage⁹⁸ ou du moins de déterminer le marché pertinent à partir de la « définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie, et d'un point de repère situé sur ce marché reflétant les prix concurrentiels pour la production d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque »⁹⁹. Toutefois, l'Organe d'appel a rappelé compte tenu de la complexité des questions et de la faiblesse dans l'analyse du groupe spécial, « il n'est pas en mesure de compléter l'analyse juridique sur la question d' « avantage » et de conclure que les mesures contestées constitueraient des subventions prohibées incompatibles avec les dispositions de l'article 3.1 b) et 3. 2 de l'Accord SMC »¹⁰⁰.

⁹⁶ *Ibid* au para 7.298 (Rapport du groupe spécial).

⁹⁷ *Ibid* au para 7.327 (Rapport du Groupe spécial)

⁹⁸ *Ibid* au para 5.178 (Rapport de l'Organe d'appel).

⁹⁹ *Ibid* au para 5.219 (Rapport de l'Organe d'appel).

¹⁰⁰ *Ibid* au para 5.246 (Rapport de l'Organe d'appel).

En somme, cette présente affaire a donné du fil à retordre au groupe spécial et à l'Organe d'appel sur l'analyse de la subvention et de l'avantage. Tandis que d'autres affaires précédentes ont déjà donné l'occasion à la jurisprudence de l'OMC d'éclaircir le champ d'application de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, notamment en établissant les critères qui définissent à la fois une subvention au titre de l'article 3.1 b) et 3.2 et aussi les conditions qui prouvent l'existence d'un avantage conféré au sens de l'article 1.1 b de l'Accord SMC¹⁰¹. En conséquence, cette affaire a laissé de grandes incertitudes sur la question de légalité de certaines mesures d'incitation en faveur des énergies renouvelables face aux règles de l'OMC plus précisément en ce qui concerne leur conformité à l'accord SMC.

C- La conformité des mesures de soutien aux énergies renouvelables avec l'Accord SMC : un débat ouvert dans la jurisprudence de l'OMC ?

Aujourd'hui, l'on ne cesse d'invoquer dans les débats portant sur les changements climatiques la question de l'énergie renouvelable. C'est une notion capitale, parce qu'elle porte l'ambition de contribuer à la préservation de l'environnement et impose du coup une condition essentielle au travers le secteur énergétique, d'aboutir à un « développement durable »¹⁰²

¹⁰¹ Hervé A. Prince, *supra* note 1 à la p 356.

¹⁰² De nombreuses études ont été réalisées sur le concept de développement durable. Nous présentons ici quelques-unes. D'abord selon le rapport de Brundtland adopté en 1987, l'expression « développement durable » se définit comme : un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs. Deux concepts sont inhérents à cette notion : le concept de "besoins", et plus particulièrement les besoins essentiels des plus démunis, à qui il convient de donner la plus grande priorité, et l'idée des limitations que l'état de nos techniques et de notre organisation sociale impose sur la capacité de l'environnement à répondre aux besoins actuels et à venir (...) Au sens le plus large, le développement soutenable vise à favoriser un état d'harmonie entre les êtres humains et entre l'homme et la nature. Voir Antonio Da Cunha, « Le développement durable : une éthique du changement, un concept intégrateur, un principe d'action », dans Joel Jakubec, dir, *Le développement durable, un bilan multisectoriel provisoire*, Georg, Genève, 2004, 15 aux pp 17-27; Salvador Juan, « L'historicité du développement durable », dans Jean-Paul Maréchal et Béatrice Quénault, *Le développement durable : une perspective pour le XXI^e siècle*, Presses universitaires de Rennes, France, 2005, 69 aux pp 73-77; Valerie Boisvert et Franck-Dominique Vivien, « Le développement durable : une histoire de controverses économiques », dans Catherine Aubertin et Franck-Dominique Vivien, dir, *Le développement durable : enjeux politiques, économiques et sociaux*, La documentation française, Paris, 2006, 15 aux pp 16 - 47; Corinne Gendron, « La gouvernance du développement durable dans un contexte de mondialisation économique », dans Corinne Gendron et Jean-Guy Vaillancourt, *Développement durable et participation publique : de la*

stratégique et efficace. En raison de leurs variétés, les énergies renouvelables constituent des moyens efficaces pour la production d'électricité de manière décentralisée et adaptée aux besoins locaux¹⁰³. De ce fait, il est primordial de souligner à la fois l'importance des aides publiques à l'émergence des énergies renouvelables sur le marché et aussi le défi pour la jurisprudence de l'OMC d'établir la compatibilité du soutien étatique en faveur des énergies renouvelables avec l'Accord SMC.

En effet, Nul doute que les énergies renouvelables représentent un important potentiel pour la croissance économique avec des retombées positives sur l'écologie¹⁰⁴. Mais l'entrée des énergies renouvelables sur le marché doit se soumettre aux lois de la libre concurrence. Dès lors certains dénoncent un affaiblissement du secteur de l'énergie qui doit se plier à la logique du marché¹⁰⁵. Car dans la pratique, cela peut engendrer une certaine difficulté d'intégration pour les énergies renouvelables qui apparaissent peu compétitives sur le marché. C'est ainsi l'intervention des aides publiques en faveur des énergies renouvelables se justifie dans une certaine mesure pour un besoin à la fois économique et environnemental. Car, selon l'auteur Raphael Kempf,

« Les subventions aux énergies renouvelables peuvent être un instrument essentiel de la lutte contre le changement climatique. Le protocole de Kyoto propose ainsi aux États qui ont pris des engagements chiffrés de réduction de leurs émissions de gaz à effet de serre, d'appliquer et/ou d'élaborer des politiques relatives à la « recherche », promotion, mise en valeur et utilisation accrue de sources d'énergie renouvelable » (article 2. 1. A) iv)). Pour favoriser l'utilisation à grande échelle de telles sources d'énergie, il peut être nécessaire pour les États de les subventionner. Les technologies ne sont en effet pas toujours suffisamment efficaces, ou leur exploitation n'est pas assez répandue pour que leur prix baisse de façon significative et remplace les sources d'énergies fossiles

contestation écologique aux défis de la gouvernance, Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 2003, 67 aux p 70 -75.

¹⁰³ Sandrine Rousseaux, « L'emprise de la logique marchande sur la promotion des énergies renouvelables au niveau communautaire », *Revue internationale de droit économique* (2005), vol. t. xix, 3, no.3 à la p 233, en ligne : < <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2005-3-page-231.htm>>.

¹⁰⁴ Mehdi Behname, « La consommation d'énergie renouvelable et la croissance économique dans l'Europe de l'Ouest » (décembre 2012) à la p 162, en ligne (pdf) : *Romanian Journal of Economics* < <https://ideas.repec.org/a/ine/journal/v2y2012i44p160-171.html>>.

¹⁰⁵ Olivier Peiffert, *L'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2015 à la p 29.

polluantes. L'aide publique à la recherche et au développement de ces nouvelles énergies peut donc s'avérer nécessaire »¹⁰⁶.

Alors que l'application des aides d'État est monnaie courante dans le secteur énergétique¹⁰⁷, mais un constat s'impose : ces mesures continuent de faire l'objet de controverses par-devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC qui, jusqu'à ce jour éprouve des difficultés de se prononcer sur la compatibilité des mesures d'incitation aux énergies renouvelables avec l'Accord SMC. L'affaire *Canada – énergie renouvelable* que nous étudions, illustre bien ce constat. Nous avons vu qu'en dépit du fait que l'Organe d'appel a constaté les faiblesses au niveau de l'analyse du groupe spécial sur la question de l'avantage, il a reconnu au final qu'il ne peut lui-même compléter cette analyse afin de déterminer si les mesures contestées étaient des subventions prohibées au regard de l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC.

Par conséquent, il est un fait que le débat sur la compatibilité des mesures d'incitation aux énergies renouvelables avec l'Accord SMC s'impose à l'OMC. Entre temps, il est probable que les États puissent continuer à mettre en application des mesures de soutien en faveur de la production des énergies renouvelables, tant que la jurisprudence de l'OMC ne se prononce pas encore sur leur conformité avec l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC)*

¹⁰⁶ Raphael Kempf, *L'OMC face au changement climatique*, Paris, Pedone, 2009 à la p 75.

¹⁰⁷ Agence européenne pour l'environnement, « Subventions à l'énergie et énergies renouvelables » (2004) à la p 1, en ligne (pdf) : EEA Briefing < https://www.eea.europa.eu/fr/publications/briefing_2004.../file>.

Chapitre II – L’encadrement des énergies renouvelables et les règles de l’OMC

D’entrée de jeu, il faut noter que les mécanismes de soutien aux énergies renouvelables vise à encourager l’utilisation des sources énergétiques propres et sécuritaires pour l’approvisionnement en électricité et à l’intégration de ces énergies sur le marché. La mise en œuvre de ces mécanismes de soutien en faveur des énergies renouvelables est tributaire de plusieurs facteurs dont les engagements de l’État au regard de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques¹⁰⁸ et celui de faire la promotion des initiatives individuelles dans ce secteur afin de contribuer au développement local dans le domaine d’emploi et d’économie. Mais lorsque l’encadrement du gouvernement contribue à favoriser les producteurs et les produits locaux au détriment de ceux d’origine étrangère, cela peut entraîner des conflits avec les principes du droit de l’OMC qui régissent les échanges internationaux qui suivent.

I- Les mécanismes de soutien : entre nécessité au développement des énergies renouvelables et contrariété aux règles de libre-échange

En raison des avantages à la fois économiques et environnementaux qu’elles représentent, les énergies renouvelables bénéficient d’un soutien sans précédent des pouvoirs publics¹⁰⁹. L’inquiétude exprimée face à l’épuisement des réserves mondiales de combustibles

¹⁰⁸ La Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), « est un traité de cadre global qui encourage les initiatives et politiques intergouvernementales en vue de faire face aux défis des changements climatiques. Cette convention a été adoptée au Sommet de Rio de Janeiro en 1992, entrée en vigueur le 21 mars 1994 ». Définition retrouvée en ligne sur le site : [http:// www.iedm.org /fr/ 56492- qu-est-ce- que- la- convention- cadre- des- nations-unies- sur- les- changements climatiques](http://www.iedm.org/fr/56492-que-est-ce-que-la-convention-cadre-des-nations-unies-sur-les-changements-climatiques). Voir aussi Yann Bérard, Daniel Compagnon, *supra* note 27 à la p 10.

¹⁰⁹ Philippe Menanteau, Dominique Finon, Marie-Laure Lamy, « Prix versus quantités : Les politiques

fossiles et la volonté manifestée envers la lutte contre le changement climatique font accroître les besoins d’approvisionnement en énergie renouvelable. Pour assurer l’émergence des énergies renouvelables, les pouvoirs publics peuvent mettre en place des réglementations internes passant par des lois fiscales, des subventions et des dispositifs incitatifs visant l’encadrement de ce secteur. En outre, si les mécanismes de soutien permettent à la production des énergies renouvelables de se développer pour intégrer le marché, il n’en demeure pas moins vrai que ces mesures soient compatibles avec les règles de l’OMC. L’étude des différents mécanismes d’incitation à la production des énergies renouvelables permettra d’analyser par conséquent la question de leurs impacts sur le libre-échange.

A- Les caractéristiques des dispositifs de soutien aux énergies renouvelables dans le marché de l’électricité verte

Les mécanismes de soutien ou d’incitation font référence aux différents moyens utilisés par un gouvernement pour modifier ou orienter le comportement de la population ou des acteurs concernés pour atteindre un résultat. Parmi lesquels, il y a les mécanismes de soutien économique dont leur rôle est de favoriser le progrès technique et économique des énergies renouvelables, et entre autres « la protection de l’environnement, l’indépendance énergétique, la création de l’emploi et le développement d’une industrie nationale »¹¹⁰. Les mécanismes de soutien sont divers. Dans cette partie, nous allons présenter quelques mécanismes de soutien de nature économique qui sont les plus connus, avec leurs particularités, et leurs effets sur le marché électrique.

environnementales d’incitation au développement des énergies renouvelables » (2001), n°25 à la p 3, en ligne : cahier de recherche IEPE <halshs-01321796>.

¹¹⁰ Jacques Percebois, « Aides publiques aux énergies éoliennes et photovoltaïques », Revue française d’économie (2015) n°4 (volume XXX) à la p 2, en ligne : < www.cairn.info/revue-francaise-d-economie-2015-4-page-141.htm >.

a) Le système de tarifs d'achat garantis

Les tarifs d'achat garantis (*feed-in tariffs*, FIT) constituent une forme de subvention directe de nature incitative, qui permet aux producteurs d'électricité renouvelable de recevoir dans le cadre d'un contrat à long terme un paiement fixe qui est sensiblement supérieur au prix d'électricité sur le marché¹¹¹. Ainsi, les tarifs d'achat garantis sont fondés exclusivement sur le prix qui désigne en quelque sorte un prix garant et réglementé d'achat de kilowattheure d'électricité verte - qui s'ajoute au prix de gros d'électricité¹¹². De ce fait, les producteurs n'ont pas à s'inquiéter du prix de leur offre et de la visibilité de leurs produits sur le marché, car la rémunération est fixée à l'avance¹¹³.

«Théoriquement, le système de tarifs d'achat garantis est défini dans le cadre de politiques conçues par le régulateur et visant un ensemble d'opérateurs électriques ayant pour obligation d'acheter les quantités d'électricité produites par les producteurs à un prix déterminé et sur une durée fixée par l'autorité de régulation »¹¹⁴.

Le système de tarifs d'achat depuis sa création a indubitablement stimulé le développement des énergies renouvelables dans les divers pays où il a été mis en application¹¹⁵. Et selon Dominique Finon et Philippe Menanteau, les tarifs d'achat garantis ont de multiples bienfaits: premièrement, « il crée un espace d'échange (marché) pour les promoteurs de l'électricité verte et l'installation de nouvelle entreprise nationale, deuxièmement, il réduit les coûts de transaction, et troisièmement, il limite les risques pour les investisseurs »¹¹⁶. De plus,

¹¹¹ Patrice Bougette, Christophe Charlier, « La difficile conciliation entre politique de concurrence et politique industrielle : le soutien aux énergies renouvelables » (2016), revue économique, vol.67 à la p 188.

¹¹² Marie Laure Lamy, *supra* note 26 à la p 108.

¹¹³ Patrice Bougette, *supra* note 111 à la p 143.

¹¹⁴ Haitham Joumni, « Les systèmes de prix de rachat garanti pour la production électrique renouvelable : fondements économiques, critères de mise en œuvre et impacts sur le progrès technique des filières », dans Bruno Duplessis et Charles Raux dir, *Économie et développement urbain durable : Émissions urbaines, inventaires et politiques publiques & transports et usage du sol*. Collection Développement durable, France, 2011 aux pp 52-53.

¹¹⁵ Jacques Percebois, « Les mécanismes de soutien aux énergies renouvelables, leurs forces et leurs faiblesses respectives », 2014, à la p 5, en ligne : < <http://www.creden.fr/>>.

¹¹⁶ Dominique Finon, Philippe Menanteau « La promotion des énergies renouvelables dans les nouveaux marchés électriques concurrentiels », 2004, Réalités Industrielles, Annales des Mines aux pp 4 - 5.

« l'instrument des tarifs de rachat garantis constitue le cadre idéal pour les constructeurs qui leur vendent la technologie en ayant un marché qui leur permet de planifier le développement de leur production »¹¹⁷. Par ailleurs, plusieurs auteurs admettent que les tarifs de rachat garantis ont des inconvénients sur l'économie et plus particulièrement sur la concurrence. Patrice Bougette et Christophe Charlier ont estimé que les tarifs d'achat garantis sont très coûteux. Ils ont donné en exemple, qu'entre « 2008 et 2012, le bilan d'aide accordé aux énergies renouvelables dans l'Union européenne s'est élevé à 157 milliards d'euros. L'autre désavantage résulte de l'écart du prix de soutien avec le marché, créant ainsi un effet pervers dans l'économie et un déséquilibre sur le marché électrique »¹¹⁸.

De plus, ce système a été jugé contradictoire au principe de concurrence. Puisque dans la pratique, le dispositif de tarifs d'achat garantis favorise que les entreprises nationales¹¹⁹. Mais le pire c'est que le système de tarifs d'achat confère des avantages économiques sélectifs qui entraînent des traitements différenciés entre les producteurs – une situation qui est susceptible de distordre la concurrence entre les mêmes compagnies électriques¹²⁰. En substance, le dispositif de tarifs d'achat est le soutien le plus favorable au développement des énergies renouvelables ayant été expérimentés durant ces dernières années, mais du point de vue économique, ce système est révélé inefficace pour l'environnement concurrentiel¹²¹.

b) Les enchères concurrentielles

Le système d'enchères concurrentielles est reconnu comme un mécanisme d'incitation à la production d'électricité issue des énergies renouvelables. Contrairement au système de tarifs d'achat garantis qui est fondé tout d'abord sur le prix - (qui donne un avantage économique aux producteurs au terme d'un prix fixe établi par le réglementateur afin que les fournisseurs

¹¹⁷ *Ibid* à la p 5.

¹¹⁸ Marie Laure LAMY, *supra* note 26 à la p 59.

¹¹⁹ Dominique Fillon, Philippe Menanteau, *supra* note 116 à la p 6.

¹²⁰ Haitham Joumni, *supra* note 114 à la p 59.

¹²¹ Dominique Finon, Philippe Menanteau, *supra* note 116 à la p 6.

puissent développer la production d'électricité devant être injectée dans le réseau) - le système d'enchères concurrentielles s'appuie en revanche sur la puissance ou sur la capacité d'électricité renouvelable que les fournisseurs doivent verser dans le réseau en rapport avec le prix souhaité afin de bénéficier d'un contrat à long terme¹²². En d'autres termes, c'est le régulateur qui fixe les critères, en proposant la quantité d'électricité produite qu'il souhaite recevoir à partir de différentes sources d'énergie renouvelable y compris leur taux de croissance, leur niveau de sécurité et leur prix¹²³.

En effet, dans le système d'enchères concurrentielles, l'autorité régulatrice définit tout d'abord un marché protégé pour recevoir une quantité de production d'électricité donnée et procède ensuite par appels d'offres¹²⁴ pour inviter les producteurs intéressés à soumettre leurs potentielles offres « avec obligation d'achat par l'entreprise locale de la production des producteurs sélectionnés »¹²⁵. Ainsi, « les propositions sont classées par ordre de prix croissants jusqu'à ce que la quantité de mise aux enchères concurrentielles soit atteinte »¹²⁶. Les producteurs retenus auront bénéficié d'un contrat à long temps en fonction de leur proposition ou de prix mis aux enchères¹²⁷. On distingue quatre modèles des enchères concurrentielles¹²⁸ :

¹²² Jacques Percebois, *supra* note 110 à la p 160.

¹²³ Isabel Bjork, Catherine Connors et al. « Encourager les énergies renouvelables: Manuel à l'intention des réglementateurs internationaux de l'énergie » à la p 59, en ligne : <www.naruc.org>.

¹²⁴ « Les règles d'appel d'offres définissent la manière dont les offres doivent être structurées et le moment où elles peuvent être soumises. Par exemple, ces règles peuvent spécifier que les investisseurs doivent soumissionner juste un prix, ou un ensemble de prix et de quantités. Ces règles peuvent également préciser que les offres doivent être soumises une seule fois ou successivement en réponse à des offres faites par d'autres participants (enchères dites dynamiques) ». Voir German Bersalli, *Évaluation et évolution des politiques de promotion des énergies renouvelables : la transition des secteurs électriques en Amérique Latine*, Thèse de doctorat, (octobre 2017) Économies et finances. Université Grenoble Alpes, à la p 67 [non publiée].

¹²⁵ Marie Laure LAMY, *supra* note 26 à la p 110.

¹²⁶ Philippe Menanteau, Marie-Laure Lamy, « Quels instruments économiques pour stimuler le développement de l'électricité renouvelable? (février 2002), Les cahiers de Global Chance, n°15 à la p 78, en ligne : <www.global-chance.org>.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ German Bersalli, *supra* note 124 à la p 63.

1-) le système des enchères à « prix-limite » ou uniforme, 2-) le système des enchères discriminantes ou prix par offre, 3-) les enchères dynamiques descendantes et 4-) les enchères hybrides.

1) Les enchères à prix uniforme

« Avec le système des enchères à prix uniforme tous les producteurs retenus sous plis scellés recevront le même prix (prix-limite) pour quel que soit l'offre proposée »¹²⁹. Le « prix-limite » indique le prix de la dernière offre retenue ou rejetée dans le cadre de l'appel d'offres¹³⁰. « À ce sujet, les pouvoirs publics se réservent le droit de ne pas retenir toutes les offres proposées jusqu'au seuil indiqué s'ils estiment que les prix demandés sont excessifs »¹³¹. L'avantage qui réside dans ce modèle d'enchères c'est que tous les soumissionnaires retenus dans l'appel d'offres sont placés au même niveau de compétitivité en fonction du prix unique qui est accordé à tous. En conséquence, les producteurs d'électricité renouvelable étant dans un rapport de concurrence équilibrée, ont l'obligation d'établir le coût réel de leur produit. Car un producteur qui triche sur le prix peut écarter la possibilité d'être retenu au terme de ce processus¹³². En revanche, le principal inconvénient de ce type d'enchères, c'est que la production de l'électricité d'origine renouvelable n'a pas le même coût pour tous les producteurs, tandis qu'ils sont soumis au même prix de la part du régulateur¹³³. Donc le problème se trouve dans la différence entre le prix d'équilibre et le prix proposé par chaque producteur¹³⁴.

2) Les enchères discriminantes

Dans le cadre du système des enchères discriminantes, les soumissionnaires retenus recevront le prix demandé¹³⁵. Le prix est en fonction de l'offre ou varie d'un producteur à

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Jacques Percebois, *supra* note 110 à la p 160.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid* à la p 161.

¹³³ German Bersalli, *supra* note 124 à la p 63.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Jacques Percebois, *supra* note 110 à la p 161.

l'autre¹³⁶. Ainsi, tous les producteurs retenus n'ont pas la même position. Certains se voient attribuer plus de prix en fonction de leur offre. Dans ce cas, certains soumissionnaires peuvent aller au-delà du coût réel de production pour demander un prix non surélevé, en créant une variation de prix. C'est pour cela qu'on les nomme enchères discriminantes¹³⁷.

3) Les enchères dynamiques descendantes

« Le système des enchères dynamiques descendantes qui est peut-être moins connu et moins utilisé dans le domaine des énergies renouvelables cherche pourtant à corriger les inconvénients des systèmes des enchères de prix-limite et discriminantes »¹³⁸. À travers ce processus, le régulateur propose un prix raisonnable à l'entame de l'offre des soumissionnaires ou un prix qu'il pense (le régulateur) que le marché est en mesure de payer¹³⁹. Et lorsqu'il existe un écart entre la valeur réelle de l'offre et le prix, le régulateur peut revoir sa proposition. On reconnaît que l'avantage de ce système est l'ajustement des prix par rapport au coût réel de production. Ce modèle des enchères constitue un moyen pour que le régulateur découvre le prix réel que le marché est prêt à payer¹⁴⁰. S'il est vrai que ce système permet au régulateur d'aller recueillir les informations concernant le prix, il n'en demeure pas moins vrai que cela peut affecter la révision des prix de réserve¹⁴¹. On admet par ailleurs qu'à travers ce système le niveau de concurrence est minime.¹⁴²

4) Les enchères hybrides

Le dernier système d'enchères concurrentielles est : les enchères hybrides ou « enchères à la brésilienne ». Ce modèle envisage de combiner les meilleures caractéristiques des enchères

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ German Bersalli, *supra* note 124 à la p 65.

¹³⁸ *Ibid* à la p 66.

¹³⁹ Isabel Bjork, Catherine Connors, *supra* note 123 à la p 71.

¹⁴⁰ German Bersalli, *supra* note 124 à la p 66.

¹⁴¹ *Ibid* aux p 66 - 67.

¹⁴² *Ibid.*

à prix-limite et enchères discriminantes en vue d'une plus grande efficacité¹⁴³. Il consiste en deux phases. La première qui correspond aux enchères dynamiques est celle de la découverte des prix et la deuxième est celle de la « pré-qualification » des soumissionnaires, qui consiste aussi à la baisse des prix¹⁴⁴. « Finalement, chaque offre finale retenue bénéficiera du prix proposé dans chacune d'elles »¹⁴⁵.

En résumé, à travers le système des enchères, le réglementateur a le contrôle plus ou moins sur le coût de production de l'électricité, cela permet aux pouvoirs publics de diminuer ses dépenses en termes de subventions allouées aux énergies renouvelables¹⁴⁶. « Il serait donc plus efficace socialement que le système de tarifs d'achat garantis, ce qui assure son acceptabilité par les régulateurs et les opérateurs soumis à l'obligation d'achat en régime concurrentiel »¹⁴⁷.

c) Le système de certificats verts

Le système de certificats verts fait partie des soutiens financiers existants pour inciter l'investissement dans la production d'électricité d'origine renouvelable. Il est apparu au début des années 2000 en Europe (Belgique, Italie, France), fondé sur mécanisme de marché dans lequel les producteurs reçoivent des certificats verts liés aux différentes filières énergétiques¹⁴⁸. Les certificats verts sont des titres émis comme une compensation aux producteurs de l'électricité renouvelable au moyen duquel ils interviennent sur le marché. Normalement, « les certificats sont octroyés aux producteurs qui valorisent leur production de deux manières différentes : en vendant l'électricité produite sur le réseau au prix du marché, d'une part, et en vendant les certificats verts sur le marché des certificats, d'autre part »¹⁴⁹. La vente des certificats

¹⁴³ *Ibid* à la p 67.

¹⁴⁴ *Ibid*.

¹⁴⁵ *Ibid*.

¹⁴⁶ Dominique Finon, Philippe Menanteau, *supra* note 116 à la p 26.

¹⁴⁷ *Ibid*.

¹⁴⁸ Jérémy Corhay, « Analyses des soutiens à la production d'énergie renouvelable en Wallone via les filières photovoltaïques et éoliennes » (2016), Mémoire de maîtrise, Université de Liège à la p 22 [non publié].

¹⁴⁹ Philippe Menanteau, *supra* note 109 à la p 9.

verts agit comme une prime à la production d'électricité renouvelable en conformité avec les règles de concurrence¹⁵⁰. Le certificat est octroyé en fonction de la nature de l'énergie renouvelable employée (énergie solaire, éolienne, photovoltaïque, biomasse) pour la production de l'électricité qui aura été injectée dans le réseau électrique.

Le système de certificats pour la production d'électricité verte n'est pas soumis à un prix fixe établi par rapport aux autres mécanismes précédents¹⁵¹. C'est le marché de gros qui détermine le prix en fonction du coût de production (le prix est sujet à variation dans le temps)¹⁵². À ce niveau, le système de certificats verts est le mécanisme d'incitation aux énergies renouvelables le plus réussi à rentrer dans la logique du marché électrique libéralisé et concurrentiel¹⁵³. La concurrence se joue plutôt au niveau de la performance des filières technologiques utilisées.

Grâce à la flexibilité du système de certificats verts, de nombreuses options sont offertes aux opérateurs pour maximiser leurs profits et pour réduire les coûts de production¹⁵⁴. « Ils ont la possibilité de produire eux-mêmes la quantité voulue d'électricité renouvelable, de négocier des contrats de long terme avec des producteurs spécialisés ou d'acheter des certificats correspondants à une quantité donnée d'électricité renouvelable »¹⁵⁵. Ce système présente par compte un désavantage pour les producteurs qui seraient incapables de respecter les exigences des filières technologiques requises pour détenir les certificats verts, et pour le développement

¹⁵⁰ Marie Laure LAMY, *supra* note 26 à la p 113.

¹⁵¹ Toutefois, la vente de certificats verts est fixée par le régulateur à un prix minimum garanti. Mais la vente de l'électricité verte dépend du prix sur le marché. Voir Dominique Finon, Philippe Menanteau « La promotion de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables dans les marchés libéralisés : le besoin de nouveaux cadre incitatifs » (2003), *Revue de l'Énergie, conseil Français*, 54 (9544) à la p 14, en ligne : < halshs-00480461>.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Philippe menanteau, Marie-Laure Lamy, Dominique Finon, « Les marchés de certificats verts pour la promotion des énergies renouvelables : entre efficacité allocative et efficience dynamique », (Juin 2002), *Cahier de recherche-LEPII*, n° 29 aux pp 2-3.

¹⁵⁵ *Ibid.*

des technologies émergentes¹⁵⁶. « De plus, les producteurs font face à deux types de risques majeurs sur le marché. Le premier est lié à la fluctuation des prix de l'électricité sur le marché de gros et le deuxième risque provient de la négociation des certificats dont le prix est incertain »¹⁵⁷.

Certes, les instruments d'incitation à la production d'électricité de sources renouvelables se différencient les uns des autres, mais ne serait-ce qu'en termes de résultats qui dépendent de la nature des subventions octroyées (aides publiques, prix d'achat garantis, appels d'offres, certificats verts) et de leurs impacts sur le développement des capacités électriques renouvelables. Ainsi, le rendement du secteur énergétique durable est lié à la stratégie employée par les pouvoirs publics permettant aux différentes filières renouvelables d'atteindre une maturité technologique pour l'approvisionnement électrique afin d'être capables d'entrer en compétition sur le marché de gros¹⁵⁸. En ce sens, les mécanismes d'incitation nécessitent une importante réforme tant au niveau des règles applicables qu'au niveau des soutiens financiers, afin de favoriser l'essor des énergies renouvelables. Néanmoins, il reste à savoir si le soutien public aux énergies renouvelables serait considéré comme une mesure de protection valide et justifiée au regard des règles du libre-échange.

B- Les mécanismes d'incitation à la production des énergies renouvelables face aux règles de libre-échange

Comme nous l'avons souligné dès le départ, une mesure d'incitation peut aussi être entendue comme une mesure réglementaire ou législative ayant pour but de stimuler l'investissement, en faisant bénéficier au secteur qu'elle vise des conditions économiques favorables afin d'être productif et compétitif sur le marché. « Du point de vue conceptuel, l'incitation est une mesure spécifique des problèmes économiques visant à mobiliser des agents économiques sur des comportements à avoir ou adopter en échange d'un ou plusieurs

¹⁵⁶ Dominique Finon, *supra* note 151 à la p 15.

¹⁵⁷ Germani Bersalli, *supra* note 124 à la p 79.

¹⁵⁸ Marie Laure Lamy, *supra* note 26 à la p 269.

avantages »¹⁵⁹. Dans le domaine des énergies renouvelables, les mécanismes de soutien ont souvent été employés comme instrument économique et réglementaire, régissant la commercialisation ou encore l'échange d'électricité produite à partir des énergies renouvelables. Nous présentons ici volontairement, quelques mesures incitatives souvent utilisées en faveur de la production des énergies renouvelables en analysant leur conformité avec la règle du libre-échange.

a) Les incitations fiscales au regard de l'article III du GATT de 1994

Parmi les différentes mesures d'incitation à l'activité économique figure la fiscalité. « En effet, elle offre une panoplie de mesures susceptibles de procurer à l'entreprise qui les sollicite un avantage temporaire ou définitif »¹⁶⁰. Mais le terme fiscalité renvoie à plusieurs situations :

« D'une part, elle comprend les obligations qu'une entreprise est juridiquement contrainte de respecter, à savoir toutes lois ou tous actes normatifs juridiques obligatoires. D'autre part, les engagements acceptés par les entreprises volontairement afin d'obtenir un avantage du gouvernement. [...] ».¹⁶¹

À côté de ces définitions sur la fiscalité, retenons que la fonction spécifique d'un régime fiscal incitatif vise à avoir de préférence un important impact sur le comportement des agents économiques afin d'aboutir à un avantage collectif. Par ailleurs, il existe une différence entre la fiscalité écologique répressive et fiscalité environnementale ou encore incitative. En réalité, la différence se trouve dans la fonction des deux types de fiscalités¹⁶². On a établi qu'une mesure

¹⁵⁹ Aboubakar Mfopain, « Le choix des incitations fiscales par les entreprises. Une étude à partir d'un échantillon d'entreprises camerounaises des villes de Yaoundé et Douala », revue des Sciences de Gestion (2007), 2, n° 224-225) à la p 155, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-des-sciences-de-gestion-2007-2-page-155.htm>>.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Marilyne Sadowsky, *Droit de l'OMC, droit de l'union européenne et fiscalité directe*, Bruxelles, Larcier, coll. droit international économique, 2013 à la p 76.

¹⁶² Mireille Chiroleu-Assouline, « La fiscalité incitative : le cas de l'écofiscalité. Problèmes économiques, Documentation française (2016) à la p 4, en ligne : <hal-01306962>.

fiscale répressive a un effet préventif et la fiscalité environnementale a pour sa part un effet d'incitation positive ou un effet de rendement¹⁶³.

Lorsqu'il s'agit de limiter les externalités négatives du marché sur l'environnement, un gouvernement peut imposer des taxes supérieures sur des entreprises dont leurs activités polluent l'environnement. « Cette contrainte fiscale peut amener les entreprises à réduire leurs émissions polluantes ou de prendre des décisions en fonction du coût social de leurs activités économiques »¹⁶⁴. Dans ce cas, on parle du principe « pollueur-payeur »¹⁶⁵ pour inciter les entreprises à avoir des conduites écoresponsables.

En revanche, la fiscalité environnementale est plutôt une disposition légale accordant des privilèges comme des crédits d'impôt, des réductions, des subventions, des exonérations de TVA, et des dispositifs promotionnels visant les entreprises dont leurs activités contribuent à encourager le développement durable.¹⁶⁶ De telles conditions sont propices à la promotion des énergies renouvelables qui constitue un véritable levier de la protection de l'environnement ou du moins de la politique climatique. Dans cette perspective, « l'État voit son rôle renforcé de mettre en place des conditions nécessaires et des mécanismes d'accompagnement permettant aux énergies renouvelables d'être intégrées sur le marché concurrentiel et compétitif »¹⁶⁷. Par compte, la mise en place des mesures fiscales de nature à inciter l'investissement local pour la transition énergétique, soulève la question de savoir si une telle mesure de soutien pourrait être catégoriquement en désaccord avec les prescrits de l'article III paragraphe 2 du GATT de 1994 qui interdisent la discrimination fiscale.

D'entrée de jeu, les dispositions de l'article III paragraphe 2 interdit l'application des mesures fiscales et toutes autres impositions intérieures qui frappent les produits importés de

¹⁶³ *Ibid* à la p 4.

¹⁶⁴ *Ibid* à la p 3.

¹⁶⁵ Le principe pollueur-payeur adopté par l'OCDE en 1972, est un principe économique qui prône la responsabilité des entreprises concernant les coûts des externalités négatives de leurs activités sur l'environnement.

¹⁶⁶ Mireille Chiroleu-Assouline, *supra* note 162 à la p 4.

¹⁶⁷ Patrice Geoffron, « La délicate élaboration du droit de la transition énergétique » préface, dans Claudie Boiteau, *supra* note 16 aux pp XIII - XIV.

manière plus élevée que celles appliquées aux produits d'origine locale qui sont similaires¹⁶⁸. Ainsi cette interdiction a-t-elle le même effet en ce qui concerne les incitations fiscales au profit des activités économiques locales liées aux énergies renouvelables. L'article III paragraphe 2 du GATT de 1994 qui traite de « *l'équité fiscale* » entre produits similaires ne s'oppose pas à première vue aux incitations fiscales visant la promotion des énergies renouvelables.

Mais il importe de prendre acte que le critère de « similarité » contraint les membres de l'OMC d'établir les mêmes avantages fiscaux entre les produits ayant les mêmes caractéristiques physiques ou utilisations finales. Car « l'égalité de traitement fiscal entre produits similaires prime la justice commerciale. Cette égalité, qui s'applique à la fiscalité dans son ensemble, a pour conséquence d'entraîner une interdiction d'opérer des discriminations fiscales »¹⁶⁹. Selon la jurisprudence de l'OMC, pour établir qu'il existe un traitement différencié entre deux produits similaires, il faut déterminer si les buts et les effets de cette mesure ne servent à protéger la production nationale¹⁷⁰. En ce sens, le but de l'article III est de veiller à ce que « la réglementation qui accorde un traitement différent entre deux produits similaires ne soit pas le résultat d'un but législatif protectionniste »¹⁷¹. Ainsi, nous voulons savoir si la mission dont détient l'Organe de règlements des différends d'assurer « l'effectivité des règles relatives à la libéralisation des échanges et de trancher les litiges relatives à l'application des normes »¹⁷²,

¹⁶⁸ L'article III paragraphe 2 du GATT de 1994 dispose que : « Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires [...] ».

¹⁶⁹ Marilyne Sadowsky, *supra* note 161 à la p 82.

¹⁷⁰ *Ibid* à la p 89.

¹⁷¹ David Sifonios, *La notion de produits similaires dans la clause de traitement national de l'article III du GATT : entre libre-échange et autonomie réglementaire des États*, dans Éleanor Cashin Ritaine, Elodie Maitre Arnaud, dir, « Notion-cadre, concept indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé », Bruxelles, Bruylant, 2008, 419 à la p 429.

¹⁷² Julien Burda « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *Revue québécoise de droit international*, n° 18.2, 2005 à la p 1, en ligne : <https://www.sqdi.org/fr/>>.

« ne déposséderait pas l'État de son autonomie réglementaire »¹⁷³. Autrement dit, il semble que le rôle attribué à l'OMC, lui aurait donné de *facto* le pouvoir d'invalidier la légalité des mesures sociales ou environnementales qui constitueraient des obstacles au commerce¹⁷⁴.

Pour répondre à cette question, il est utile de rappeler que l'Organe d'appel a déjà affirmé dans l'affaire *Japon – taxes sur les boissons alcooliques*, que « les États qui décident de se lier à l'Accord sur l'OMC agissent à titre de leur souveraineté et au nom de leurs intérêts nationaux en vue de tirer des bénéfices qui découleront des échanges commerciaux »¹⁷⁵. Conséquemment, l'Organe d'appel a aussi précisé que l'article III du GATT de 1994 portant sur le traitement national, ne soustrait pas les droits des membres de l'OMC de poursuivre leur politique nationale à travers les impositions et les réglementations intérieures, mais qu'ils veuillent à ce que ces moyens ne soient pas utilisés pour contourner la libre concurrence ou du moins pour protéger la production nationale¹⁷⁶. Pour rester dans la logique de cette affirmation de l'Organe d'appel, il est important de voir comment la jurisprudence de l'OMC contribue-t-elle à préserver l'équilibre entre le droit des membres de l'OMC d'adopter des mesures fiscales et réglementaires qui leur sont primordiales et le respect des obligations découlant de leur engagement à l'Accord sur l'OMC¹⁷⁷.

Jusqu'à ce jour, aucune affaire portée par-devant l'OMC concernant la confrontation entre les règles de libre-échange et les normes relatives à la protection de l'environnement n'a

¹⁷³ Geneviève Dufour, Olivier Barsalou et Pierre Mackay « La mondialisation de l'État de droit entre dislocation et recomposition : le cas du Codex Alimentarius et du droit transnational », *Les Cahiers de droit*, 47(3) à la p 481, en ligne <doi:10.7202/043895ar, www.erudit.org/iderudit/043895ar>. David Sifonios, *supra* note 171 aux pp 421-422.

¹⁷⁴ David Sifonios, *supra* note 171 à la p 421.

¹⁷⁵ *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* (Plainte des Communautés européennes, (1996), MOC Doc WT/DS8/AB/R et WT/DS10/AB/R/ et WT DS11/AB/R, au para 19, (Rapport de l'Organe d'appel) en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

¹⁷⁶ *Ibid* au para 18.

¹⁷⁷ Véronique Guèvremont, *supra* note 22 à la p 153.

eu gain de cause. En l'espèce, l'affaire *Essence*¹⁷⁸ constitue un exemple type qui peut nous aider à observer le manque de considération et de flexibilité dont fait preuve la jurisprudence de l'OMC face à « des lois étant susceptibles de refléter des valeurs et des intérêts autres que le libre commerce et la libération des échanges »¹⁷⁹, précisément face à des règles qui visent des buts ayant pour « effet d'accorder une valeur supérieure à certaines causes dont la protection de l'environnement »¹⁸⁰.

En effet, l'affaire *Essence* était portée par-devant l'OMC mettant en cause la loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique, dénommée le *clean Air Act (CAA)*, adoptée aux États-Unis en vue de combattre la pollution de l'air causée par les substances toxiques et autres matières nocives provenant de la combustion d'essence fabriquée ou importée aux États-Unis¹⁸¹. Au titre de ladite loi, un établissement concernant la qualité d'essence basée sur une comparaison entre l'essence nouvelle et anciennes formules devant être appliquée pour la vente. Ainsi, l'essence importée était soumise à un ensemble de conditions différentes par rapport à celles liées à l'essence nationale. Par conséquent, le groupe spécial a condamné cette mesure qui selon son interprétation, constitue une dérogation à la règle du traitement national au regard de l'article III paragraphe 4 du GATT de 1994. Car selon le groupe spécial, la réglementation concernant l'essence aux États-Unis a soumis l'essence emportée à un traitement moins favorable que celui qui est accordé à l'essence nationale, alors qu'elles sont similaires, du moins dans leur utilisation. Or, à la base, cette mesure poursuivait avant tout un objectif légitime qui est celui de limiter l'utilisation de certaines essences à effets nocifs pour l'environnement en vue de la « protection des ressources naturelles épuisables ». Mais pour le groupe spécial, bien que les États-Unis aient le droit d'adopter une réglementation pour obtenir la qualité de l'air

¹⁷⁸ *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule* (Plaintes du Venezuela, République bolivarienne), (1996), OMC Doc WT/DS2/R (Rapport du Groupe spécial), en ligne : OMC < docs.wto.org>.

¹⁷⁹ Véronique Guèvremont, *supra* note 22 à la p 177.

¹⁸⁰ Vincent Tomkiewicz, *supra* note 36 à la p 245.

¹⁸¹ *États-Unis – Essence*, *supra* note 178 au para 2 (Rapport de l'Organe d'appel).

souhaité¹⁸², mais les méthodes utilisées ne se révèlent pas efficaces et nécessaires pour aboutir à leur objectif qui est la lutte contre la pollution de l'air¹⁸³.

En s'appuyant sur l'interprétation du groupe spécial en l'espèce, nous constatons que l'obligation d'accorder le traitement national aux produits similaires est un principe strict auquel l'ORD accorde une approche littéralement textuelle. Laquelle approche de nature dominante peut paraître réductionniste (qui néglige les préoccupations et engagements du gouvernement qui sont à l'œuvre), et préjudiciable¹⁸⁴ à l'autonomie des États membres de fixer des normes fiscales incitatives ou réglementaires afin d'aboutir à la protection de l'environnement. Dans cette même lignée, il est légitime de faire le point sur la question des subventions incitatives au profit des énergies renouvelables dans le contexte de la prédominance du libre-échange commercial.

b) Les aides publiques aux énergies renouvelables dans le contexte de libre-échange

Les subventions au secteur énergétique ne sont pas nouvelles. Il est révélé que « toutes les énergies au cours de leur histoire de développement ont toujours bénéficié des aides publiques »¹⁸⁵. Mais il importe de noter que les aides publiques aux énergies ont connu durant « les années 80, de vastes critiques surtout par des organismes multilatéraux (Banque mondiale et FMI - initiateurs du processus d'ajustement structurel) qui préconisaient la diminution de l'intervention de l'État dans l'économie nationale »¹⁸⁶. Ce mouvement allait réduire le soutien de l'État au profit du secteur énergétique¹⁸⁷. Mais, « les grandes questions contemporaines sur les changements climatiques et le développement durable ont ramené au-devant de la scène la

¹⁸² *Ibid* au para 17.

¹⁸³ *Ibid*.

¹⁸⁴ Vincent Tomkiewicz, *supra* note 36 aux pp 244 - 245.

¹⁸⁵ Jacques Percebois, *supra* note 110 à la p 2.

¹⁸⁶ Dominique Finon, « Les subventions à l'énergie dans le monde : leur ampleur, leur efficacité et leur nécessaire recentrage » (Octobre 2010) à la p 7, en ligne : Centre International de recherche sur l'environnement et le développement <www2.centre-cired.fr>.

¹⁸⁷ *Ibid*.

promotion des énergies renouvelables »¹⁸⁸. Cette promotion a été surtout propulsée par l'entremise des Organisations internationales et accords multilatéraux tels que : le programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), l'Organisation météorologique mondiale (OMM), la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), le protocole de Kyoto, et l'Accord de Paris¹⁸⁹.

En conséquence, il est attesté que « la progression des capacités de production d'énergie renouvelable observée dans le monde au cours de la dernière décennie a été particulièrement rapide et constitue un changement profond et durable de l'équilibre énergétique mondial »¹⁹⁰. Dans la foulée de ces changements, l'Union européenne se positionne comme le leader mondial¹⁹¹ à travers des « projets ambitieux de lutte contre les changements climatiques »¹⁹². C'est en harmonie avec ses engagements qu'elle a adopté le paquet énergie-climat¹⁹³ afin d'apporter sa pierre dans la bataille pour la réduction progressive des émissions de gaz à effet de serre¹⁹⁴.

Par ailleurs, dans le sillage des aides publiques relatives aux énergies renouvelables, il faut souligner que le paquet énergie-climat de l'Europe est décrit comme un exemple de subvention accordée aux activités d'énergie verte. À preuve, « en France, le projet de loi de

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ « Le soutien aux énergies renouvelables » communication à la commission des finances du Sénat (mars 2018), Rapport de la Cours des comptes à la p 15, en ligne : www.ccomptes.fr/@Courdescomptes-rapport-soutien-energies-renouvelables.

¹⁹¹ Mehdi Abbas, « L'Europe face aux changements climatiques. Quelle gouvernance pour l'Après-Kyoto? », dans Christel Cournil, Catherine Colard-Fabregoule dir, *Changements climatiques et défis du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 51 à la p 53.

¹⁹² *Ibid* à la p 51.

¹⁹³ Le paquet énergie-climat fait référence à un texte législatif européen qui fixe des directives et des objectifs concernant la réduction des émissions de gaz à effet de serre, les moyens d'amélioration de l'efficacité énergétique et de développement des énergies renouvelables.

¹⁹⁴ Catherine Roche, « La politique communautaire de lutte contre le changement climatique entre utopie et réalité », dans Christel Cournil et Catherine Colard-Fabregoule *supra* note 191 à la p 75.

programme relatif à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement du 30 avril 2008 propose quant à lui que le développement des énergies renouvelables sera facilité par le recours (...) à l'incitation (...) »¹⁹⁵. « En Autriche, la promotion des énergies renouvelables est cœur de l'action des pouvoirs publics pour l'environnement. Ainsi, les subventions pour la production d'électricité verte et à la cogénération sont réglementées par des lois fédérales »¹⁹⁶. « Et en Allemagne, le mécanisme de soutien imposait à des entreprises privées d'approvisionnement en électricité d'acheter l'électricité produite dans leur zone d'approvisionnement à partir de sources d'énergie renouvelable et de le payer à un prix réglementé. »¹⁹⁷

Les instruments de soutien les plus utilisés pour favoriser le développement technique et l'intégration économique des énergies renouvelables au marché d'énergie et d'électricité sont : les tarifs d'achat, les appels d'offres, les certificats verts et les primes d'installation. Ces mécanismes ont naturellement pour vocation d'inciter l'achat d'électricité auprès des fournisseurs nationaux, ce qui a pour conséquence de limiter les importations et de surcroît mettre en difficulté la libre circulation des marchandises¹⁹⁸. Mais dans quelle mesure le régime d'aide aux énergies renouvelables peut-il constituer une entrave à la libre concurrence commerciale ? Selon l'auteur Sandrine Rousseaux, en Europe, les mécanismes de soutien aux énergies renouvelables n'entraînent pas de conséquence sur la concurrence dans le marché intérieur ou communautaire, mais au niveau global ou en dehors du marché communautaire, ces mesures de soutien ne respectent pas le cadre concurrentiel du libre-échange du système GATT de 1994¹⁹⁹.

En effet, une mesure de soutien est susceptible de conduire à un litige dans le cadre du système de règlement des différends, quand elle vise d'encadrer financièrement une certaine catégorie de produits dérivés des énergies renouvelables, en créant des effets de distorsion sur

¹⁹⁵ Raphael Kempf, *supra* note 106 à la p 81.

¹⁹⁶ Karl Stöger, « Énergies renouvelables en Autriche » dans Claudie Boiteau, *supra* note 16, 21 à la p 25.

¹⁹⁷ Claudie Boiteau, « Mécanismes de soutien à la production des énergies renouvelables et droit des aides d'État : le cas de l'éolien », dans Claudie Boiteau, *supra* note 17, 1 à la p 7.

¹⁹⁸ Sandrine Rousseaux, *supra* note 103 à la p 240.

¹⁹⁹ *Ibid* à la p 242.

les flux commerciaux ou des effets discriminatoires. Et lorsqu'un membre de l'OMC subit les dommages résultant des subventions de produits importés, il est prévu dans le GATT l'imposition des droits compensateurs par les parties lésées²⁰⁰. À ce titre, dans *l'affaire États-Unis – Mesures compensatoires*²⁰¹, la Chine a rejeté les enquêtes des États-Unis portant sur la présomption des subventions du gouvernement chinois aux panneaux solaires et mâts éoliens. Ces enquêtes qui devraient aboutir à l'imposition des mesures compensatoires à l'encontre de ces produits subventionnés, ont été contestées par-devant l'Organe de règlement des différends. Le groupe spécial a admis qu'en raison de l'insuffisance des éléments de preuve concernant l'existence d'un avantage conféré aux produits chinois, il n'y a donc pas eu de subvention et de violations des articles 2.2 et 2.4 de l'*Accord SMC*. De ce fait, les manœuvres des États-Unis devant aboutir à l'imposition des mesures compensatoires n'étaient pas conformes aux conditions énoncées dans l'*Accord SMC*.

Ainsi, il est permis de constater que les mesures de soutien internes visant l'incitation aux énergies renouvelables ont déjà fait l'objet de nombreuses contestations par-devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC concernant leurs potentiels impacts sur le libre-échange. Il est aussi intéressant de souligner quelques principes fondamentaux du libre-échange qui sont susceptibles de confronter aux mesures d'incitation aux énergies renouvelables

²⁰⁰ L'article VI paragraphe se lit comme suit « Il ne sera perçu sur un produit du territoire d'une partie contractante, importé sur le territoire d'une autre partie contractante, aucun droit compensateur dépassant le montant estimé de la prime ou de la subvention que l'on sait avoir été accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation dudit produit dans le pays d'origine ou d'exportation, y compris toute subvention spéciale accordée pour le transport d'un produit déterminé. Il faut entendre par le terme «droit compensateur» un droit spécial perçu en vue de neutraliser toute prime ou subvention accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation d'un produit. »

²⁰¹ *États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits en provenance de chine* (Plainte des États-Unis), (2014), OMC Doc WT/DS437/R (Rapport du Groupe spécial), en ligne : OMC : <docs.wto.org>.

II- Les principes généraux du droit de l'OMC qui peuvent être appliqués aux mécanismes de soutien des énergies renouvelables

Depuis son établissement en 1995, l'OMC se donne pour objectif de poursuivre entre autres la mission du GATT (*General agreement on tariffs and Trade*) qui est le libre-échange. « Les règles de l'OMC sont ainsi calquées sur celles du GATT »²⁰², fondées sur des principes cardinaux tels que : l'interdiction de discrimination entre les produits similaires, l'élimination générale des restrictions quantitatives, la transparence et la réciprocité, dont l'OMC se charge de faire respecter à travers l'ensemble de ses accords commerciaux adoptés par les États membres²⁰³. Dans les lignes subséquentes nous abordons le contenu de ses différents principes qui sont susceptibles d'avoir des impacts sur les mesures de promotion des énergies renouvelables.

A- L'interdiction de discrimination entre produits similaires

Le principe de non-discrimination entre produits similaires ou le principe de traitement national est complémentaire à la clause de la nation la plus favorisée²⁰⁴. Car les deux reposent en quelque sorte sur un même fondement : « la non-discrimination »²⁰⁵. Néanmoins la clause de la nation la plus favorisée s'applique à la douane²⁰⁶, tandis que la règle de traitement national s'applique lorsque les produits étrangers sont admis sur le territoire national²⁰⁷. Cette règle postule un « traitement égal » entre les produits nationaux et importés qui sont sur le territoire. De façon plus large, « with regard to international agreements, such a principle mainly applies

²⁰² Daniel Jouanneau, *L'Organisation mondiale du commerce*, 4^e éd, Paris, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je?, 2003 à la p 29.

²⁰³ Mario Prost, *supra* note 32 à la p 7.

²⁰⁴ Agbodjan Prince Hervé, *supra* note 86 à la p 63.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Olivier Paye, « La protection de l'environnement dans le système du GATT », (1992), 1, Bruxelles, Bruylant à la p 71, en ligne : <<http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201992/RBDI%201992-1/Etudes/RBDI%201992.1%20-%20p.%2067%20a%20103%20-%20Olivier%20Paye.pdf>>.

²⁰⁷ Agbodjan Prince Hervé, *supra* note 86 à la p 63.

to states, their fundamental rights and obligations, and is reflected in the dogma of *equality of States* that is one of the fundamentals of international law »²⁰⁸. Mais en droit de l'OMC, le traitement national incorporé dans l'article III du GATT de 1994 se traduit ainsi : « les produits importés ne doivent pas subir de discrimination ou de traitement moins favorable par rapport aux produits similaires d'origine nationale en matière de taxes, de lois, de règlements sur le marché intérieur dans le but de protéger la production nationale. »²⁰⁹. Pour l'Organe d'appel :

« Le bien-fondé de l'article III est avant tout de veiller à ce que les mesures intérieures ne soient pas appliquées aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale. Pour ce faire, il oblige les Membres de l'OMC à garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux »²¹⁰.

La jurisprudence de l'OMC a indiqué la façon d'interpréter les dispositions de l'article III du GATT de 1994 concernant la règle de traitement national. Pour qu'il y ait de dérogation au traitement national, il faut démontrer que les produits importés et ceux d'origine nationale sont similaires ou directement concurrents ou substituables, et que la mesure en cause affecte par une imposition intérieure (taxe, lois, règlements) les produits importés de manière moins favorable que les produits nationaux de façon à protéger la production nationale²¹¹. Pour ce qui est de la similarité entre les produits, l'Organe d'appel a identifié les critères pouvant saisir cette question dans l'affaire *CE-Amiante*²¹². Et pour savoir si ces deux produits similaires sont directement concurrents ou directement substituables (article III : 2), l'Organe d'appel a précisé dans l'affaire *Corée-Boissons alcooliques* que « le rapport de concurrence entre les produits ne doit pas être analysé exclusivement par référence aux préférences actuelles des consommateurs.

²⁰⁸ Mattia Melloni, *The principle of national treatment in the GATT: A survey of the jurisprudence, practice and policy*, Bruylant, Bruxelles, 2005 à la p 9.

²⁰⁹ Voir les dispositions de l'article III du GATT de 1994.

²¹⁰ *CE – Amiante*, *supra* note 59 au para 97.

²¹¹ Guillaume Busseuil, Jean-Marie Garinot, Grayot-Dix Stéphanie et al. « Chronique de jurisprudence : Chronique commentée des décisions de l'Organe de règlement des différends (2012) », *Revue internationale de droit économique* à la p 354, en ligne : < <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2013-3-page-333.htm> >.

²¹² *CE – Amiante*, *supra* note 59 au para 101 (Rapport de l'Organe d'appel).

Les produits sont directement concurrents ou directement substituables s'ils sont interchangeables sur le marché »²¹³.

De plus, selon l'Organe d'appel la question de la similarité entre les produits doit également s'analyser en fonction de la finalité ou de l'utilité du produit chez les consommateurs²¹⁴. Mais à notre avis, comparer les similarités entre deux produits en fonction de leur utilité peut poser certains problèmes dans le domaine de l'électricité. L'électricité produite à partir des énergies renouvelables et celle qui est produite à partir de l'énergie nucléaire ont des différences²¹⁵. Ces deux types d'électricité ont une même fonction certes, mais si leurs procédés de production et leur impact sur l'environnement sont différents, dans ce cas on ne peut pas établir leurs similarités en fonction du critère « d'utilité ou de finalité »²¹⁶. D'où la question de similarité doit être analysée au cas par cas.

Il existe par ailleurs, un ensemble de facteurs qui peuvent entrainer un gouvernement à pratiquer la discrimination entre produits nationaux et importés, ou de contrevenir au principe du traitement national. Ces raisons peuvent être d'ordre d'intérêt national, environnemental ou économique dans une certaine mesure. Mais en droit de l'OMC, les dérogations à la règle de non-discrimination sont interdites sauf si elles sont conformes au principe d'exception exposé littéralement à l'article XX du GATT de 1994, sur lequel on reviendra au chapitre III.

B - L'élimination générale des restrictions quantitatives

Le principe de non-restriction commerciale constitue selon les propos d'Olivier Paye « le pendant et le développement de la règle de non-discrimination »²¹⁷. En effet, les restrictions quantitatives renvoient aux mesures ayant pour effet de restreindre les importations et les exportations des flux commerciaux. L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce

²¹³ *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques* (Plainte des Communautés européennes) (1999), OMC Doc WTDS75/AB/R, aux para 114 - 115 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <docs.wto.org>.

²¹⁴ *CE – Amiante*, *supra* note 59 au para 101 (Rapport de l'Organe d'appel).

²¹⁵ Féline Marandet, *supra* note 16 à la p 139.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Olivier Paye, *supra* note 206 à la p 82.

interdit les restrictions quantitatives imposées sur les marchandises, sauf celles relatives aux réglementations douanières ou dans les situations prévues aux dispositions de l'article XI.1 et 2 du GATT de 1994²¹⁸. En effet, le premier alinéa de cet article stipule :

« Aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé ».

Au terme de cet article, les barrières tarifaires qui proviennent essentiellement des droits de douane peuvent être appliquées à l'entrée des marchandises sur le territoire national. Cependant, les réglementations fiscales imposées à la frontière ne sont pas à tout moment admises dans la jurisprudence de l'OMC si elles ne respectent pas les dispositions de l'article II et de l'article III du GATT de 1994. Par exemple, un gouvernement qui décide d'imposer une taxe supérieure aux produits dérivés des énergies renouvelables importés en provenance d'un membre ou d'un groupe de membres, peut voir que son action est critiquée à l'OMC pour cause de violation des règles de la nation la plus favorisée et de non-discrimination, même quand sa mesure visait à atteindre un objectif légitime. En général, les mesures réglementaires qui par leur effet limitent l'importation, peuvent être perçues comme des restrictions quantitatives au commerce.

Dans l'affaire *Japon – Commerce des semi-conducteurs*²¹⁹, le groupe spécial a apporté une précision concernant le terme « restrictions quantitatives » et son interprétation dans l'article XI.1. En effet, l'expression « restrictions quantitatives » doit être prise au sens large, elle concerne toutes les mesures hormis les taxes et les droits de douane, maintenues à la frontière pour restreindre ou limiter l'importation et l'exportation des marchandises. Par ailleurs, toute condition commerciale autre que les droits de douane imposés à la frontière constitue des

²¹⁸ Voir les dispositions de l'article XI du GATT de 1994.

²¹⁹ *Japon – Commerce des semi-conducteurs* (Plainte des États-Unis) (1988), OMC Doc WT/L/6309 - 35S/126) au para 104, (Rapport du Groupe spécial), en ligne : OMC <docs.wto.org>.

obstacles non tarifaires au commerce. Ils peuvent prendre plusieurs formes telles que, les quotas, les contingentements, les subventions, les licences d'importation et d'exportation pour ne citer que ceux-là. Ces barrières commerciales sont prohibées en droit de l'OMC. Néanmoins, l'article XI:2 tolère certaines mesures de restrictions quantitatives qui ne relèvent pas des droits de douane. Il suffit qu'elles soient nécessaires et appliquées dans les situations concernant : « la pénurie de produits alimentaires (...), la classification, le contrôle et la qualité des produits (...), des produits agricoles ou des pêches nécessaires à l'application des mesures gouvernementales ».

Les membres peuvent aussi appliquer des mesures entraînant un effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation pour cause de protection environnementale ou pour répondre à un besoin d'intérêt public (voir les exceptions générales, développées au chapitre III de ce mémoire). Mais ces réglementations ne doivent pas constituer au fond une mesure protectionniste ou une barrière commerciale en vue de protéger l'économie nationale. Pour cela, les membres ont l'obligation de s'informer sur les publications de lois et de réglementations administratives quant à leur application sur le commerce.

C- Le principe de transparence

On accorde souvent au principe de transparence un rôle fondamental en droit de l'OMC, à côté du principe de non-discrimination et de la clause de la nation la plus favorisée.²²⁰ Comme nous avons démontré, en matière de relation commerciale, il existe plusieurs obstacles à la libre circulation des marchandises. Ces obstacles découlent en général des lois, des règlements administratifs et de toute autre action d'un membre, susceptible d'avoir des impacts négatifs sur le commerce. Le principe de transparence est alors un outil important qui doit s'appliquer en matière de politique économique ou politique nationale, pour assurer la confiance et la

²²⁰ Philippe G. Nell, « Transparence dans les marchés publics : options après la cinquième conférence ministérielle de l'OMC à Cancún », revue internationale de droit économique (2004), 3 (t. XVIII, 3) à la p 357, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droiteconomique>>.

prévisibilité des partenaires commerciaux sur l'existence des lois, des procédures applicables et des réglementations douanières.

Le principe de transparence est consacré à l'article X du GATT de 1994 et à l'article III de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)²²¹. Il est traité comme l'obligation de publications « des lois, règlements, décisions judiciaires et administratives d'application générale rendus exécutoires par toute partie contractante »²²². En conséquence, la transparence permet d'observer et d'analyser la compatibilité des lois administratives et commerciales publiées sur le territoire national au regard des principes fondamentaux du GATT de 1994. Dans l'affaire *Canada – énergie renouvelable*, il a été observé par les juges de l'OMC que la loi de 2009 sur l'énergie verte et économie verte, créant le programme de tarifs de rachat garantis était illégale. En effet, cette loi a été critiquée pour avoir préconisé des préférences locales qui sont contraires aux règles du commerce international.

En substance, le principe de transparence est un moyen d'assurer dans les échanges commerciaux la conformité et l'harmonisation des mesures intérieures au droit de l'OMC.

²²¹ *Ibid.*

²²² *GATT de 1994*, article X.

Chapitre III- L'exception environnementale au titre de l'article XX du GATT : Quelle possibilité pour la justification des mesures d'incitation en faveur des énergies renouvelables?

Alors que certains États entreprennent des dispositions nationales au profit de la préservation et de la qualité de l'environnement, l'Organisation mondiale du commerce veille à ce que les mesures adoptées par les États membres ne portent pas atteinte au commerce. Il doit être cependant observé que le rapport entre les échanges commerciaux et la protection de l'environnement ne fait pas bon ménage. Concernant les interactions entre le commerce et l'environnement, il y a deux tendances traditionnelles qui s'affrontent. D'abord pour les économistes de tendance libérale, le commerce basé sur le libre-échange peut contribuer à la protection de l'environnement, car étant un générateur de richesses, celle-ci permettra aux sociétés de se développer, et de surcroît trouver les moyens nécessaires pour protéger l'environnement. À l'opposé, les partisans de l'environnement estiment que la libération commerciale pour l'accroissement de la richesse peut amener à l'exploitation de certaines ressources naturelles qui en conséquence peut endommager l'environnement.

Pour essayer de rapprocher ces deux tendances, l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1994 sous l'égide de l'OMC, a apporté un certain bémol à cette tension en permettant aux membres de s'abstraire des règles du système commercial multilatéral pour poursuivre entre autres des objectifs environnementaux, mais à condition que les mesures nationales visant à préserver l'environnement ne soient pas au fond un moyen de discrimination ou une restriction au commerce²²³. Certes, la protection de l'environnement ou la promotion des valeurs non économiques constitue l'objet de l'article XX du GATT de 1994, mais les dispositions de cet article ne pourraient servir de cadre de référence pour la violation des règles

²²³ Article XX du GATT de 1994, *supra* note 31.

de principe du droit de l'OMC. Car l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce demeure un cadre juridique en matière commerciale et non environnementale²²⁴.

En outre, la question qui peut se poser alors est de savoir qu'est-ce qui caractérise la valeur juridique du principe de l'exception environnementale en droit de l'OMC ? Dans quel contexte une mesure de restriction commerciale au profit de la promotion des énergies renouvelables peut-elle être admise en droit de l'OMC sous le couvert de l'exception environnementale de l'article XX du GATT de 1994?

I- Analyse sur le principe d'exception environnementale en droit de l'OMC

S'interroger sur le principe d'exception environnementale en droit de l'OMC est devenu une nécessité, tant que les conditions dans lesquelles l'exception environnementale doit être appliquée se révèlent problématiques. Les différents accords commerciaux conclus dans le cadre du cycle d'Uruguay montrent qu'il existe bel et bien au sein du système commercial multilatéral un intérêt pour les valeurs environnementales. S'appuyant sur l'article XX du GATT de 1994, notamment sur son chapeau introductif et sur les différentes jurisprudences y relatives, on se demande à quel point l'Organisation mondiale du commerce se montre favorable à l'effectivité de l'exception environnementale au sein du GATT?

A- L'intégration des considérations environnementales dans le GATT et dans le droit de l'OMC

La protection de l'environnement dans le cadre du régime commercial multilatéral est une preuve tangible en référence aux différents accords commerciaux. En effet, le débat sur les liens entre l'environnement et le commerce a précédé la création de l'Organisation mondiale du commerce. L'influence de l'environnement sur le commerce a été reconnue dès 1970, à l'issue des questionnements concernant l'éventuel protectionnisme commercial à travers les mesures

²²⁴ Vincent Tomkiewicz, *supra*, note 36 à la p 247.

écologiques²²⁵. Dans le cadre de la première conférence des Nations Unies consacrée à la problématique de l'environnement (Conférence de Stockholm en 1972), l'implication des mesures environnementales sur le commerce a été l'une des questions d'intérêt général soulevées²²⁶.

À la suite de cette conférence qui a placé les questions écologiques au cœur des préoccupations internationales, le GATT a institué dans cette même période le Groupe sur les mesures relatives à l'environnement et le commerce international (Groupe EMIT), pour intervenir à l'invitation des membres du GATT autour de l'enjeu environnemental sur le commerce international²²⁷. Et dans les années suivantes, au cours des différents cycles de négociations commerciales multilatérales qui se sont déroulés dans le cadre du GATT, les questions environnementales liées au commerce ont été mises en perspective. En effet, le cycle de Tokyo qui a abouti à la création de l'Accord relatif aux obstacles techniques au commerce²²⁸ reconnaît aux membres le droit de prendre des mesures nécessaires pour atteindre des objectifs légitimes dont la protection de l'environnement. À cette fin, l'article 2.2 de l'Accord OTC prévoit que l'adoption des règlements techniques pour atteindre un objectif légitime ne doit pas aboutir à une restriction commerciale plus restrictive que nécessaire²²⁹. Ainsi, cet Accord

²²⁵ Anne-Laure Nguyen Trung Hoang, « Les règles de l'OMC en matière d'environnement : quelle contribution dans la prévention des changements climatiques? dans Christel Courmil et Catherine Colard-Fabregoule, *supra* note 191, 135 à la p 138.

²²⁶ Dans le cadre de cette première rencontre internationale des Nations-Unies sur des préoccupations environnementales, le Secrétaire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) était intervenu sur le thème « *lutte contre la pollution industrielle et commerce international* ».

²²⁷ Organisation Mondiale du Commerce, « les premières années : émergences du débat sur l'environnement au GATT/à l'OMC, en ligne :< [https:// www. wto.org/ french/tratop f/hist1. f.htm](https://www.wto.org/french/tratop/f/hist1.f.htm) >.

²²⁸ Voir par exemple : *Accord relatif aux obstacles techniques au commerce*. Il faut dire que cet Accord a introduit une série de code nommé : « code de normalisation » visant l'élaboration, l'adoption et l'application de règles techniques, de normes et de procédures d'évaluation de la conformité, en ligne :<[https:// www. wto.org/ french/tratop f/tbt f/bt info/ htm](https://www.wto.org/french/tratop/f/tbt/f/btinfo/htm) >.

²²⁹ *Accord relatif aux obstacles techniques au commerce*. Selon l'article 2.2, Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. A cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus

prohibe les règlements techniques et les normes qui sont discriminatoires et qui créent des obstacles non nécessaires au commerce.

Par compte, il n'est pas aussi vain de remarquer que le développement durable énoncé dans tous les accords de l'OMC n'est que figuratif. « Sa portée et son contenu n'en restent pas moins incertains »²³⁰ On n'arrive pas à comprendre si le développement durable a une valeur juridique stricte placée au même rang des prescriptions du droit de l'OMC, ou s'il se rapporte seulement à une simple règle coutumière²³¹. Il en est de même pour la notion de préservation de l'environnement qui n'est pas moins pertinente dans le Préambule de l'Accord de l'OMC. Par conséquent, tout porte à croire que les notions qui figurent dans le Préambule de l'Accord de l'OMC sont dépourvues de valeur juridique dans le sens qu'elles ne sont liées à aucune obligation contraignante²³². Mais,

« Conformément au droit des traités, les dispositions évoquées dans ce Préambule constituent un élément quand même important pour l'interprétation des accords. De fait, l'Organe d'appel lui-même s'y est référé à plusieurs reprises, marquant son importance pour l'interprétation des accords de l'OMC »²³³.

Par ailleurs, pour mieux comprendre la place réservée à la protection de l'environnement dans l'Organisation mondiale du commerce, il importe de se référer précisément à l'article XX

restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits.

²³⁰ Bob Kieffer, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Collection Droit international, Éditions Larcier, Bruxelles, 2008 à la p 193.

²³¹ *Ibid* aux pp 193-194.

²³² Sandrine Maljean-Dubois, « L'OMC et la protection de l'environnement » (février 2004), Travaux de l'Atelier UNITAR/AIF sur « Environnement et Commerce » pour l'Afrique de l'ouest, La Rochelle, France à la p 106, en ligne : <[thhp:// www.unitar.org](http://www.unitar.org)>.

²³³ *Ibid*.

du GATT afin de voir si les dispositions y relatives offrent des garanties suffisantes pour son effectivité en droit de l'OMC. D'un autre côté, les conflits entre le commerce et l'environnement ont déjà fait avancer la doctrine et la jurisprudence sur l'existence de l'article XX du GATT. Mais jusqu'ici la protection de l'environnement n'arrive pas à prospérer dans le système commercial multilatéral. Dans cette même orientation, il s'agit d'expliquer les raisons qui empêchent l'ineffectivité de l'article XX relative à la protection environnementale dans la jurisprudence de l'OMC.

B- L'interprétation de l'exception environnementale dans le GATT et la jurisprudence de l'OMC

Il est de ces notions longtemps connues et souvent évoquées dans le milieu juridique, mais qui ne sont pas saisissables à première vue²³⁴. Parmi ces notions tire-t-on « l'exception ». Elle est souvent considérée en droit comme une règle qui vise à restreindre la portée générale d'une règle de droit commun ou d'un principe²³⁵. Et généralement on s'accorde sur cette assertion selon laquelle la règle est ce qu'elle est par l'existence de l'exception. Et elles le sont autant l'une que l'autre. « Dès lors que la règle de droit commun, nécessairement générale, ne peut pas envisager toutes les situations juridiques, l'exception devient indispensable pour le système juridique ».²³⁶ Mais selon Kristin Bartenstein, « si cette interprétation sur l'exception était largement permise, l'objectif poursuivi dans le texte risquerait d'être compromis, ainsi, l'exception pourrait remplacer la règle »²³⁷. Abondant dans le même sens, le groupe spécial concernant l'affaire *Thon I* a ajouté que,

« Si l'interprétation large de l'article XX b) [...] avait été acceptée, chaque partie contractante pourrait déterminer unilatéralement les politiques de protection de la vie et de la santé dont les autres parties contractantes ne pourraient pas s'écarter sans

²³⁴ Thi Hong Nguyen, « La notion d'exception en droit constitutionnel français. Thèse de doctorat en droit public. Droit, Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2013 à la p 7, [non publiée].

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Catherine Rosso, *supra* note 38 à la p 15.

²³⁷ Kristin Bartenstein, *supra* note 37 à la p 656.

compromettre les droits que leur reconnaît le GATT. Celui-ci ne constituerait alors plus un cadre multilatéral pour le commerce entre les parties contractantes [...] »²³⁸.

Par contre, dans le système commercial, les exceptions semblent constituer des valeurs dont les parties contractantes ne veulent pas concéder aux échanges commerciaux. « Elles symbolisent de ce fait la tension entre souveraineté et intégration, c'est-à-dire la volonté des États de libérer leurs échanges et leur souhait de conserver une marge de manœuvre dans la poursuite des objectifs non commerciaux »²³⁹. Dans cette approche, l'article XX peut être considéré comme un droit de valeur égale à la fois stricte tout comme les autres dispositions légales du GATT²⁴⁰. Et dans l'hypothèse que

« Les exceptions constituent un droit équivalent, lors d'un litige commercial à l'OMC impliquant la confrontation entre les articles I, III, IX et l'article XX du GATT, les groupes spéciaux seront tenus de trouver un équilibre pour ne pas compromettre l'essence de chacune des dispositions juridiques en question »²⁴¹.

D'autre part, certains avancent que l'exception n'est pas un droit équivalent à la règle générale, mais de préférence une technique envisagée afin d'atténuer la rigueur excessive de l'énoncé de la règle²⁴². Vu sous cet angle, l'article XX b) et g) du GATT portant sur l'exception de nature environnementale apparaît comme un moyen de défense pour empêcher la mise en

²³⁸ *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, « dite Thon I », (Plainte du Mexique), (1991), OMC Doc DS21/R, au para 5.27, (Rapport du Groupe spécial), en ligne : OMC <docs.wto.org>.

²³⁹ Véronique Guèvremont, « L'exception environnementale : l'exemple du système commercial multilatéral », dans Hélène Ruiz Fabri et Lorenzo Gradoni, *supra* note 36, 137 à la p 141.

²⁴⁰ Kristin Bartenstein, *supra* note 37 à la p 657.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Raymond Carré de Malberg, *Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, Paris, A. Rousseau, 1887 à la p 11.

application des règles commerciales.²⁴³ « Elle fonde une dérogation aux règles commerciales pour permettre à des objectifs jugés supérieurs de prévaloir dans certaines circonstances »²⁴⁴.

Dans cette optique, l'idée selon laquelle l'exception réduit l'application générale de la règle n'est pas de mise dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. On y voit plutôt l'effet inverse. Certes, les exceptions de l'Article XX permet de déroger les règles de principe du GATT, mais celles-ci doivent être justifiées et nécessaires pour ne pas interdire toute application systématique des règles commerciales obligatoires. « D'ailleurs le groupe spécial dans l'affaire Thon I et II a affirmé que l'article XX est une exception limitée et conditionnelle aux obligations découlant des autres dispositions du GATT et non une règle positive établissant en soi des obligations »²⁴⁵. Et selon le groupe spécial, dans l'hypothèse que les exceptions prévues à l'article XX soient considérées comme étant un droit légal, elles ne saurait pour autant s'ériger en opposition des obligations légales résultant des règles de fond de l'Accord général²⁴⁶. Mais selon l'avis de Mario PROST,

« Le résultat auquel conduit cette interprétation est visiblement problématique. En effet, si cette interprétation restrictive des exceptions générales permet incontestablement d'assurer une application effective des principes cardinaux de l'Accord général, elle rend néanmoins presque impossible l'élaboration de politiques environnementales dès lors qu'elles heurtent lesdits principes »²⁴⁷.

De ce fait, il est difficile de déterminer dans quel cas de figure qu'une mesure d'exception puisse déroger les principes généraux du GATT. Cela s'explique par le fait que le chapeau introductif de l'article XX ne garantit pas une meilleure condition pour la mise en œuvre de l'exception. Le membre de phrase du texte introductif de l'article XX qui spécifie :

²⁴³ Véronique Guèvremont, *supra* note 239 à la p 139.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Kristin Bartenstein, *supra*, note 37 à la p 658.

²⁴⁶ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, (Plainte de : l'Inde; Malaisie; Pakistan; Thaïlande), (1998), OMC Doc WT/DS58/R, au para 7.39 (Rapport du Groupe spécial), en ligne : OMC < docs.wto.org.>

²⁴⁷ Mario Prost, *supra* note 32 à la p 147.

« [...] sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable [...] »²⁴⁸ implique des exigences qui ne sont pas moins tranchantes et obturent les intérêts protégés par les dispositions dudit article. Et en ce qui concerne l'exception environnementale, le paragraphe b de l'article XX du GATT fait référence aux mesures qui sont nécessaires à la préservation des végétaux. Or, une mesure de protection environnementale peut être nécessaire (cela doit prendre en compte l'objectif fixé et les moyens mobilisés pour atteindre un but), mais ne remplit pas les exigences du texte introductif de l'article XX, c'est-à-dire justifiable et non discriminatoire. Mais le groupe spécial tient à ce que l'article XX dans son ensemble soit interprété en liaison avec le texte introductif dudit article. En conséquence, le recours à l'exception environnementale est limité par la clause introductive de l'article XX, car la fonction principale du chapeau introductif qui consiste à prévenir l'abus des exceptions contenues dans cette disposition va à l'encontre du but dudit article.²⁴⁹

En résumé, l'ineffectivité de l'exception environnementale de l'article XX du GATT s'explique par le fait que les conditions de sa réalisation consacrées dans les dispositions de l'accord sur les tarifs douaniers et le commerce sont limitées, et que son interprétation (qui ne rajoute aucune condition supplémentaire pour compléter le vide constaté dans son libéré)²⁵⁰ ne fait qu'aboutir à un raisonnement qui va toujours dans le sens des intérêts commerciaux²⁵¹. Dans ce cas, quelle possibilité pour la justification du programme ontarien de tarifs de rachat garantis pour le soutien aux énergies renouvelables?

Pour répondre à cette question, il faut revenir sur le but du programme TRG qui a été mis en cause à l'OMC pour voir s'il était justifiable au regard du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. D'entrée jeu, il faut dire que le programme TRG n'a pas été contesté par rapport au but qu'il poursuivait à savoir la réduction des émissions de gaz à effet de serre et

²⁴⁸ Voir l'article XX du GATT de 1994, *supra* note 31.

²⁴⁹ Véronique Guèvremont, *supra* note 239 à la p 147.

²⁵⁰ Catherine Rosso, *supra* note 38 à la p 153.

²⁵¹ Véronique Guèvremont, *supra* note 239 à la p 150.

la promotion des énergies renouvelables, mais il été critiqué en raison de l'incompatibilité des moyens utilisés par les pouvoirs publics pour atteindre ce but²⁵². Les contestations étaient fondées sur les distorsions commerciales provenant de l'adoption des mesures adoptées pour la mise en œuvre du programme TRG²⁵³. De même que dans l'affaire *Inde – Cellules solaires*, les allégations concernant la dérogation des mesures de prescriptions relatives en éléments nationaux à l'Accord de l'OMC, ne visaient pas le programme de la mission solaire nationale de l'Inde pour la promotion des énergies renouvelables. D'ailleurs, le secrétaire de l'OMC a admis qu'il est normal que les gouvernements puissent recourir à des mesures de restriction commerciale pour la conservation des ressources naturelles épuisables, mais cela doit se faire dans le cadre de règles convenues par toutes les parties²⁵⁴.

Compte tenu de ce qui se précède, une mesure de restriction commerciale peut-être justifiable ou raisonnable compte tenu de son but, mais si elle n'est pas conforme aux autres critères établis dans le cadre de l'article XX du GATT, elle est susceptible d'être illégale. À cet égard, il convient d'analyser les conditions requises pour l'applicabilité des restrictions commerciales en faveur de la promotion des énergies renouvelables afin de préserver l'environnement.

II- L'admissibilité conditionnelle des restrictions commerciales en faveur des incitations aux énergies renouvelables : défis et perspectives

Il ne fait aucun doute que l'avènement de l'OMC a permis à la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de mieux aborder l'interface entre le commerce et l'environnement. Mais il reste beaucoup de défis à relever sur ce point. Car face à l'existence de nombreux accords

²⁵² *Canada – énergie renouvelable supra* note 1 au para 7.7 (Rapport du groupe spécial).

²⁵³ *Inde – énergie solaire supra* note 29 au para 7.91 (Rapport du groupe spécial.)

²⁵⁴ OMC., Commerce et environnement, Communiqué de presse du secrétariat de l'OMC, 8 octobre 1999 en ligne : < https://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/stud99_f.htm >.

multilatéraux sur l'environnement contenant des clauses de restrictions commerciales²⁵⁵, il est plus qu'impératif que la jurisprudence de l'OMC parvienne à une interprétation équilibrée et souple concernant les conditions de restrictions commerciales contenues à l'article XX du GATT pour protéger les valeurs environnementales. De plus, il semble que les conditions dérogatoires des règles de fond du GATT consacrées à l'article XX ne sont pas suffisantes pour cerner l'enjeu environnemental. En effet, les mesures d'incitation aux énergies renouvelables présentes des singularités qui pourront jusqu'à rendre les dispositions de l'article XX inapplicables voire juridiquement inefficaces²⁵⁶. Or, selon l'Organe d'appel de l'ORD, « les restrictions commerciales doivent satisfaire aux prescriptions établies dans les clauses introductives de l'article XX pour qu'elles (les restrictions) soient admises »²⁵⁷.

Donc, peu importe l'utilité d'une mesure de restriction, pour qu'elle soit validée en droit de l'OMC, elle doit d'abord relever du champ d'application de l'article XX et « la relation qu'elle entretient avec un objectif de politique nationale doit respecter certaines exigences qui varient en fonction de l'objectif invoqué »²⁵⁸. Dans la lignée de cette approche, il s'agit d'analyser l'interprétation de la jurisprudence de l'ORD sur les critères de validation des mesures de restrictions et voir ensuite si une mesure de restriction commerciale pour promouvoir les énergies renouvelables pourrait être justifiée suivant les critères de « nécessité » et du but légitime.

²⁵⁵ Selon Maryse Grandbois, en 1998 suite à la création de l'OMC un total de 18 accords multilatéraux sur l'environnement a été dénombré. Parmi lesquels on retrouve : la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES), le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone et la convention de Bale sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. Voir Maryse Grandbois « Le droit de l'environnement et le commerce international : quelques enjeux déterminants » (1999), Les Cahiers du droit, 403 à la p 552.

²⁵⁶ Bernadette Le Beau- Ferrarèse, *supra* note 39 à la p 177.

²⁵⁷ *États-Unis – Essence*, *supra* note 178 Section IV à la p 25 (Rapport de l'Organe d'appel).

²⁵⁸ Véronique Guèvremont, *supra* note 22 à la p 114.

A- L'exigence de conformité des mesures de restrictions commerciales à l'article XX du GATT de 1994 : la référence au test de nécessité ou le recours à une mesure compatible à l'Accord général

Les restrictions commerciales sont généralement « considérées par les économistes comme des mesures non appropriées pour atteindre des objectifs de protection de l'environnement »²⁵⁹. Parallèlement, les exceptions générales de l'article XX du GATT constituent un régime de validation conditionnelle des restrictions commerciales en droit de l'OMC. Ainsi, « l'article XX singularise des préoccupations au nom desquelles les pays membres de l'Organisation mondiale du commerce peuvent prendre des mesures protectrices de leur marché nonobstant toute règle contraire du GATT »²⁶⁰. De ce fait, les mesures de restriction de l'article XX peuvent être admises à condition bien entendu de satisfaire au « test de nécessité ». En effet, le critère de nécessité au sens de l'Article XX b du GATT)²⁶¹ est l'une des conditions requises pour qu'une mesure incompatible avec une disposition de l'Accord général soit admise. Avant tout, pour qu'une mesure relative aux énergies renouvelables soit valide, il faut démontrer qu'elle remplit les conditions fixées à l'alinéa b de l'article XX du GATT, c'est-à-dire, qu'elle est relative à la préservation de l'environnement. Ensuite, il faut démontrer qu'elle est nécessaire pour atteindre le but légitime. Toutefois, le terme « nécessaire » n'est pas aussi clair tel qu'il est inscrit dans l'alinéa b de l'article XX du GATT. Plusieurs notions définitionnelles ont été utilisées par le groupe spécial pour clarifier l'expression de « nécessité ». Dans l'affaire *Essence*, le groupe spécial en a profité pour revenir sur une interprétation donnée précédemment dans l'affaire *États-Unis – article 337*²⁶² pour illustrer ce qui suit :

²⁵⁹ Maryse Grandbois, *supra* note 255 à la p 552.

²⁶⁰ Dominique Carreau, Patrick Juillard, *Droit international économique*, 4^e édition Dalloz, Paris, 2010, p 275.

²⁶¹ Les mesures qui correspondent à l'alinéa b de l'article XX du GATT sont celles qui sont « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux [...] ».

²⁶² *États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, (Plainte des Communautés européennes), (1989), OMC Doc WT (L/6439 - 36S/386), au para 5.26 (Rapport du groupe spécial), en ligne : <docs.wto.org>.

« Une partie contractante ne peut justifier une mesure incompatible avec une autre disposition de l'Accord général en la déclarant "nécessaire" au sens de l'article XX:(d) si elle dispose d'une autre mesure dont on pourrait attendre raisonnablement qu'elle l'emploie et qui n'est pas incompatible avec d'autres dispositions de l'Accord général. De même, dans les cas où une mesure compatible avec d'autres dispositions de l'Accord général n'est pas raisonnablement disponible, une partie contractante a l'obligation d'utiliser, parmi les mesures dont elle dispose raisonnablement, celle qui comporte le moindre degré d'incompatibilité avec les autres dispositions de l'Accord général »²⁶³.

De plus, pour qu'une mesure d'incitation en faveur des énergies renouvelables soit considérée comme nécessaire, il faut qu'elle soit indispensable dans le sens qu'elle favorise la réalisation de l'objectif souhaité. Une approche de l'Organe d'appel va dans ce sens :

« Nous estimons que tel qu'il est employé dans le contexte de l'article XX d), la portée du mot "nécessaire" n'est pas limitée à ce qui est "indispensable", "d'une nécessité absolue" ou "inévitabile". Les mesures qui sont, soit indispensables, soit d'une nécessité absolue ou inévitable pour assurer le respect d'une loi remplissent assurément les conditions posées par l'article XX d). Mais d'autres mesures peuvent elles aussi ressortir à cette exception. Tel qu'il est employé à l'article XX d), le terme "nécessaire" désigne, à notre avis, des nécessités d'ordre différent. À une extrémité du champ sémantique, on trouve "nécessaire" dans le sens d'"indispensable"; à l'autre extrémité, on trouve "nécessaire" pris dans le sens de "favoriser". Dans ce champ sémantique, nous estimons qu'une mesure "nécessaire" se situe beaucoup plus près du pôle "indispensable" que du pôle opposé: "favoriser" simplement »²⁶⁴.

D'autre part, dans l'affaire *Inde – Cellules solaires*, le groupe spécial a ajouté une autre signification au mot "nécessaire". Il a indiqué qu'une mesure nécessaire est celle qui est "essentielle" à la réalisation du but légitime. Pour cela, il avait constaté que « les mesures PTEN de l'Inde n'étaient pas "essentielles" à l'acquisition de cellules et modules solaires aux fins de l'article XX j) du GATT »²⁶⁵.

²⁶³ *États-Unis – Essence*, *supra* note 178 au para 6.24 (Rapport du groupe spécial).

²⁶⁴ *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, (Plainte des États – Unis) (2000), OMC Doc WT/DS161/AB/R, au para 161 (Rapport de l'Organe d'appel), para 161.

²⁶⁵ *Inde – Cellules solaires*, *supra* note 29 au para 7.334 (Rapport du groupe spécial).

Dans une autre perspective, « une mesure nécessaire est celle dont la solution raisonnablement envisageable est moins restrictive au commerce »²⁶⁶. Cela sous-entend que parmi les mesures raisonnables dont un État dispose, il faut qu'il choisisse celle qui est la moins compatible avec les dispositions du GATT²⁶⁷. En ce sens, le groupe spécial dans l'affaire *Thaïlande – restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes* a abouti à cette conclusion :

« Les restrictions à l'importation imposées par la Thaïlande ne pouvaient être considérées comme "nécessaires" au sens de l'article XX b) que s'il n'y avait pas d'autres mesures compatibles, ou moins incompatibles, avec l'Accord général qu'elle pouvait raisonnablement être censée employer pour atteindre les objectifs de sa politique de santé »²⁶⁸.

Suivant ce raisonnement, « lorsqu'une analyse aboutit à une conclusion préliminaire selon laquelle la mesure est nécessaire, ce résultat doit être confirmé après une comparaison entre la mesure en cause et les mesures de rechange possibles, qui peuvent être moins restrictives pour le commerce avec des effets équivalents à la réalisation de l'objectif »²⁶⁹. « Dans ces conditions, toute ouverture aux enjeux environnementaux devient extrêmement difficile »²⁷⁰.

Sur la base de ce qui précède, l'appréhension du « test de nécessité » peut constituer un défi pour la mise en œuvre des mesures d'incitation aux énergies renouvelables. Cela a été

²⁶⁶ Cosmina Chetan, Lucian Bojin, « Le test de nécessité environnementale et le principe de précaution comme éléments du droit de l'eau douce » (2006), Numéro 19.2-2, Revue québécoise de droit international aux pp 129 - 130.

²⁶⁷ Mario Prost, *supra* note 32 à la p 35.

²⁶⁸ *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes touchant les cigarettes* (Plainte des États-Unis), (1990), OMC Doc WT/DS10/R-37S/200), para 75, (*Rapport* du Groupe spécial), en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

²⁶⁹ Emmanuel Sibidi Darankoum, « Moralité publique et diversité culturelle : l'approche OMC dans la jurisprudence Chine-Services audiovisuels » à la p 443, en ligne (pdf) : <<https://editionsthemis.com/uploaded/revue/article/18266>>.

²⁷⁰ Mario Prost, *supra* note 32 à la p 108

constaté dans l'affaire *Inde – Cellules solaires*. Dans l'affaire en question, l'Inde a évoqué l'application de l'article XX d) et j) pour justifier les mesures d'incitation qu'il avait entreprises pour « assurer une croissance écologiquement durable tout en résolvant le problème de la sécurité énergétique du pays tout en assurant le respect de ses obligations dans le domaine du changement climatique »²⁷¹. « Pour l'Inde, les mesures de prescriptions relatives à la teneur en élément nationaux (PTEN) imposées dans le cadre de la Mission solaire nationale Jawaharlal Nehru, étaient nécessaires pour encourager la production de cellules et modules solaires »²⁷². Mais l'Organe d'appel a abouti à la conclusion selon laquelle, « les mesures PTEN de l'Inde n'étaient pas nécessaires - interprété dans le sens du terme essentielle - pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec l'article XX d) ainsi qu'avec l'Accord général »²⁷³. Cela amène à considérer que le « test de nécessité » tel qu'il est interprété par le groupe spécial et l'Organe d'appel - centré sur des principes fondamentaux de l'Accord général - pose un vrai problème de compréhension juridique. Car, ce critère exigé à propos des mesures de restriction commerciales adoptées, sert logiquement à valider les exceptions aux principes généraux de l'Accord général sur les tarifs et le commerce, il ne peut pas être dans ce cas en conformité avec ledit accord duquel il s'écarte²⁷⁴.

Fort de cela, le test de nécessité semble peu profitable à la justification des mesures d'incitation aux énergies renouvelables au regard de l'article XX du GATT, et ne permet pas d'assurer une intégration satisfaisante des préoccupations environnementales à l'OMC, car étant attaché aux principes cardinaux de l'Accord général, il contribue à l'affaiblissement du régime des exceptions²⁷⁵. En revanche, nous proposons d'analyser le test de proportionnalité, considéré comme étant plus souple et plus favorable à la prise en compte des enjeux environnementaux²⁷⁶.

²⁷¹ *Inde – Cellules solaires*, *supra* note 29 au para 5.94 (Rapport de l'Organe d'appel).

²⁷² *Ibid* au para 5.94.

²⁷³ *Ibid* au para 5.4

²⁷⁴ Mario Prost, *supra* note 32 à la p 36.

²⁷⁵ *Ibid* à la p 37.

²⁷⁶ *Ibid*.

B- Le principe de proportionnalité : pour une interprétation équilibrée entre l'exception environnementale et les autres dispositions du GATT de 1994

Souvent utilisé dans de nombreux domaines d'études liées aux sciences humaines, le principe de proportionnalité est cette méthode qui « [...] exprime le respect d'un rapport de grandeur entre deux éléments, rapport devant rester constant et que l'harmonie qui en découle est établie par la circonstance que, lorsqu'un élément change, l'autre change dans le même rapport de grandeur »²⁷⁷. « Dans le domaine juridique, lorsqu'il s'agit d'un cas où un droit l'emporte sur un autre, le principe de proportionnalité sert à restreindre la limitation du droit jugé plus important à un minimum incontournable »²⁷⁸.

Par ailleurs, le principe de proportionnalité de par sa vocation, semble être plus efficace comme méthode pour appréhender l'interface entre le commerce et l'environnement. « L'environnement, alors, est placé au cœur d'un calcul de rentabilité coût-bénéfice qui autorise une marge de manœuvre exclue, par définition, du test de nécessité »²⁷⁹. La doctrine relative à la jurisprudence de l'article XX du GATT a établi une distinction entre le test de nécessité et le test de proportionnalité. La différence des deux se trouve au niveau de l'interprétation concernant l'article XX b) et g) du GATT. On a vu que le test de nécessité exige le respect des règles de l'Accord général soit pris en compte dans l'application des mesures de restrictions commerciales. Tandis que le test de proportionnalité propose une autre démarche fondée « sur la mise en balance des intérêts commerciaux et les enjeux qui ne relèvent pas de la libéralisation des échanges »²⁸⁰. « Le principe de proportionnalité est alors l'outil qui permet d'atteindre un équilibre entre les intérêts opposés »²⁸¹. Par conséquent, dans les conflits opposant le commerce

²⁷⁷ Antoine Guilmain, « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique » (septembre 2015), *Revue de droit de McGill*, Volume 61, numéro 1 à la p 94, en ligne : <<https://www.erudit.org/en/journals/mlj/2015-v61-n1-mlj02390/1035386ar/>>.

²⁷⁸ Kristin Bartenstein, *supra* note 37 à la p 677.

²⁷⁹ Mario PROST, *supra* note 32 à la p 37.

²⁸⁰ *Ibid* à la p 37.

²⁸¹ Kristin Bartenstein, *supra* note 37 à la p 676.

et l'environnement, l'Organe de règlement des différends peut utiliser cette méthode pour trouver un équilibre entre les intérêts protégés par le régime des exceptions et les principes consacrés dans le GATT²⁸². À ce propos, semble-t-il que dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel aurait déjà fait référence au principe de proportionnalité pour analyser la mesure en cause. En effet dans sa conclusion, il a noté :

« [...] qu'un aspect du "processus de soupesage et de mise en balance... compris dans la détermination de la question de savoir si une mesure de rechange compatible avec l'Accord sur l'OMC" est raisonnablement disponible est la mesure dans laquelle la mesure de rechange "favorise la réalisation de l'objectif poursuivi". De plus, dans cette affaire, nous avons fait observer ce qui suit: "[p]lus [l'] intérêt commun ou les valeurs communes [poursuivis] sont vitaux ou importants", plus il sera facile d'admettre la "nécessité" de mesures conçues pour atteindre ces objectifs »²⁸³.

Afin de déterminer le test de « nécessité », nous avons remarqué dans ce passage que l'Organe d'appel a essayé d'effectuer brièvement une comparaison entre les valeurs non commerciales recherchées et les mesures entreprises pour atteindre ce but. Cela montre que la jurisprudence semble vouloir donner de l'importance aux autres valeurs poursuivies par les membres. Mais il faut noter que cela se fera clairement lorsque le principe de proportionnalité intégrera formellement la jurisprudence de l'OMC pour valoriser les dispositions de l'article XX et pour rendre plus intelligible le débat concernant la compatibilité entre les mesures de protection de l'environnement et celles visant la promotion des énergies renouvelables avec les règles du GATT. À l'instar du principe de proportionnalité précédemment vu, nous proposons d'analyser dans la partie suivante les éventuelles applications du principe de précaution en droit de l'OMC et notamment en faveur des énergies renouvelables.

²⁸² Mario Prost, *supra* note 32 à la p 38.

²⁸³ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante supra* note 59 au para 172 (Rapport de l'Organe d'appel).

C- Le principe de précaution : regard sur sa pertinence dans le droit de l'OMC et sur ses impacts en matière de promotion des énergies renouvelables

Le principe de précaution a acquis durant des années une notoriété normative dans le domaine d'action politique pour la protection de l'environnement, la sécurité alimentaire et la santé publique²⁸⁴. Il est ce principe qui attire l'attention des décideurs, « parce qu'il dicte à ces derniers une attitude encourageant à contrer les potentiels risques pour la santé des personnes et la préservation de l'environnement »²⁸⁵. Autrefois réservé dans la sphère de politique nationale, « ce principe est au fil des années parvenu à occuper une place considérable dans le droit international et dans le droit communautaire »²⁸⁶. Toutefois, le principe de précaution n'est pas un concept familier au commercial international et au droit de l'OMC. C'est surtout dans le domaine de l'environnement qu'il a fait son apparition sur le plan international²⁸⁷. À ce titre, la

²⁸⁴ Olivier Godard, « Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question », *Revue économique* 2003/6 (Vol. 54) à la p 1246, en ligne : < <https://www.carn.info/revue-economique-2003-6-page-1245-htm> >.

²⁸⁵ Nicolas de SADELEER, « Le principe de précaution en droit international et en droit de l'Union européenne » (2012), *Innovation politique*, Presses Universitaires de France à la p 11, en ligne : < <https://www.carn.info/innovation-politique-9782130590309 - page-409.htm> >.

²⁸⁶ *Ibid* à la p 8.

²⁸⁷ Selon les auteurs Cosmina Chetan et Lucian Bojin, le principe de précaution a été formulé pour la première fois par le gouvernement fédéral allemand en 1976 dans le cadre d'une politique environnementale du nom de *Vorsorgeprinzip*. Cependant cette paternité a été contestée puis que la législation allemande ne distinguait pas les notions de prévention et de précaution. Par ailleurs, de nombreuses conventions internationales ont permis à ce principe de trouver sa reconnaissance sur le plan international. Notamment ce principe a été employé dans la Déclaration de la conférence internationale sur la Mer du Nord de 1987[...], dans la Convention sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux, à l'article 130, paragraphe 2-nouvel article 174, paragraphe 2 du Traité de Maastricht, à l'article 3, paragraphe 2 de la Convention sur la Baltique, à l'article 2, paragraphe 5a) de la Convention d'Helsinki. Voir Cosmina Chetan et Lucian Bojin, « Le test de nécessité environnementale et le principe de précaution comme élément du droit de l'eau douce », n° 19.2 – 2006, 1 octobre 2007 à la p 139, *Revue québécoise de droit international*, en ligne : < [https:// www.sqdi.org/fr/tag/droit-de-leau-douce/](https://www.sqdi.org/fr/tag/droit-de-leau-douce/) >.

notion de précaution a été abordée dans le principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le développement de 1992 en ces termes :

« Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement »²⁸⁸.

Ensuite, la référence au principe de précaution a été illustrée de diverses manières pour parler des obligations pesant sur les décideurs politiques d'adopter des mesures effectives en matière de prévention des risques collectifs sur la santé, la sécurité alimentaire et de dommages graves à l'environnement, mais sans disposer d'études scientifiques pour déterminer les risques en question²⁸⁹. Par ailleurs, il faut dire que le statut juridique du principe de précaution n'a jamais été défini. Mais il semble que la doctrine lui accorde une valeur juridique coutumière du fait qu'il soit reconnu « dans les pratiques générales de l'État à l'égard de sa mise en œuvre »²⁹⁰. En droit international, il est le plus souvent évoqué comme une abstention, une dérogation à une norme générale ou à une responsabilité internationale, - en raison d'un éventuel risque - pour mettre en application des mesures préventives concernant la sécurité alimentaire et la préservation de l'environnement.

²⁸⁸ Voir la « Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement » dans Rapport de la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 Juin 1992, (A/CONF.151/26 (Vol. I)).

²⁸⁹ Olivier Godard, « Le principe de précaution, un principe politique d'action » (2000), *Revue juridique de l'Environnement*, numéro spécial à la p 130, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2000_hos_25_1_3738>.

²⁹⁰ Cosmina Chetan et Lucian Bojin, *supra* note 266 à la p 143.

Le principe de précaution fait l'objet de diverses interprétations d'une situation juridique à une autre. En effet, l'affaire *du bœuf aux hormones*²⁹¹ et celle du *Japon – Mesures visant les produits agricoles*²⁹² ont donné l'occasion à l'Organe de règlement des différends de l'OMC de se prononcer sur le principe de précaution pour préciser ses modalités d'application dans le cadre du commerce international²⁹³. Avant tout, il n'existe pas dans le texte du GATT et dans les accords de l'OMC une approche au sens strict sur le principe de précaution. Mais on pense que *l'Accord de l'OMC sur les mesures sanitaires et phytosanitaires*²⁹⁴ ouvre la voie à l'intégration du principe de précaution dans le commerce international »²⁹⁵. Nous cherchons à savoir si le recours à des réglementations concernant l'innocuité des aliments, la santé des animaux et de la protection de l'environnement pourrait se justifier au regard du principe de précaution dans le droit de l'OMC. Et nous nous intéressons également à savoir si ce principe a intégré le droit de l'OMC²⁹⁶, si oui comment peut-il être appliqué pour justifier des mesures de restriction dans le cadre de la promotion des énergies renouvelables?

²⁹¹ *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* (1998) (Plainte des États-Unis), OMC Doc WTDS26/R (Rapport du Groupe spécial), en ligne : OMC <docs.wto.org>.

²⁹² *Japon – Mesures visant les produits agricoles* (1999) (Plainte des États-Unis), OMC Doc WTDS76/R (Rapport du groupe spécial), en ligne : OMC <docs.wto.org>.

²⁹³ Maurice Arbour, « Le principe de précaution dans le contexte du commerce international : une intégration difficile », *Les Cahiers de droit*, volume 43, numéro 1, 2002 à la p 7, en ligne : <<https://id.erudit.org/iderudit/043700ar>>.

²⁹⁴ L'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) prévoit en son article 5 paragraphe 7 : « Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres ».

²⁹⁵ Hubert Sylvain, Arzhvaël Le Fur « Le principe de précaution et le droit de l'OMC » (2002) 2, *Revue juridique de l'Ouest* à la p 144, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_200_numéro_13_2_2576>.

²⁹⁶ *Ibid* à la p 144.

L'affaire *du bœuf aux hormones* peut s'avérer utile pour répondre à ces questions. En effet, ce contentieux concerne l'interdiction pour des raisons sanitaires, d'importation et la mise sur le marché des communautés européennes, de viandes d'animaux traitées aux hormones de croissance en provenance notamment des États-Unis. Et pour justifier la mesure incriminée, les communautés européennes ont fait remarquer qu'il était nécessaire en raison de l'*accord SPS* de prendre des mesures de précaution afin de prévenir des risques sanitaires et pour protéger les consommateurs²⁹⁷. « L'Organe d'appel de son côté a fait savoir que le principe de précaution reste superflu en soi et n'est pas encore admis en droit international, ni fait l'objet d'une formulation faisant autorité pour qu'il soit appliqué dans l'*accord SPS* »²⁹⁸. Ensuite, l'Organe d'appel a avancé que « le principe de précaution n'a pas été incorporé dans l'*Accord SPS* comme un motif justifiant des mesures SPS qui sont par ailleurs incompatibles avec les obligations des membres énoncées dans les dispositions particulières dudit accord »²⁹⁹. Néanmoins, l'Organe d'appel reconnaît qu'il existe un lien entre le principe de précaution et l'*accord SPS*, « traité en son article 5 paragraphe 7 et également dans le sixième alinéa du préambule dudit accord et à l'article 3 paragraphe 3 »³⁰⁰. Mais cela n'empêche pas l'Organe d'appel de confirmer la constatation du groupe spécial selon laquelle « le principe de précaution ne peut pas emporter sur les dispositions dudit accord »³⁰¹. Et de plus, dans l'affaire *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, l'Organe d'appel s'est référé à son rapport dans l'*affaire hormone* pour écarter l'application du principe de précaution dans le cadre du libre-échange³⁰².

Alors que ces deux différends évoqués montrent que le principe de précaution est loin de constituer une préoccupation pour l'OMC, pourtant on imagine que ce principe devrait avoir une meilleure considération dans le droit commercial multilatéral puisqu'il constitue un intérêt essentiel pour l'État en cas de risque potentiel pour l'environnement et pour la santé surtout en

²⁹⁷ *Communautés européennes – Hormones*, *supra* note 291 au para 4.203 (Rapport du groupe spécial).

²⁹⁸ *Ibid*, au para 123 (Rapport de l'Organe d'appel).

²⁹⁹ *Ibid* au para 124 (Rapport de l'Organe d'appel).

³⁰⁰ *Ibid*.

³⁰¹ *Ibid* au para 125 (Rapport de l'Organe d'appel).

³⁰² Hubert Sylvain, Arzhvaël Le Fur, *supra* note 295 à la p 157.

matière de commerce des marchandises. De plus, il est évident que les membres de l'OMC puissent s'appuyer sur le principe de précaution pour justifier une mesure de protection de l'environnement ou une mesure d'incitation aux énergies renouvelables, par le simple fait que ce principe est mentionné à l'article 5.7 de *l'accord SPS*. Pourtant, l'Organe de règlement des différends de l'OMC n'a pas encore étayé la question à savoir si les membres pourraient se prévaloir du principe de précaution inscrit dans *l'accord SPS* ou encore si « l'article 5.7 dudit accord épuise le sens du principe. »³⁰³.

En effet, le sixième alinéa du préambule et de l'article 3.3 dudit accord souligne la liberté qui est reconnue à chaque membre de décider du niveau de protection qu'il entend adopter en matière de santé.³⁰⁴ De plus, « l'Organe d'appel dans le cadre de *l'affaire Saumon* a complété le sens de ces dispositions en précisant que la détermination du niveau de protection approprié [...] est une prérogative revenant au Membre concerné et non à un groupe spécial ou à l'Organe d'appel »³⁰⁵. Mais la question qu'il faut se poser alors est : quelle est l'utilité juridique du principe de précaution dans *l'accord SPS* et dans le cadre de l'OMC ?

L'interprétation du principe de précaution par la jurisprudence de l'ORD ne permet pas de saisir à première vue son applicabilité en droit de l'OMC. L'Organe d'appel dans *l'affaire hormones* affirme que ce principe est trop vague pour bénéficier d'une positivité juridique en droit de l'OMC. Mais il admet que ce principe est effectivement pris en compte dans *l'accord SPS* tout en « [...] refusant de lui conférer une valeur hiérarchique par rapport au texte de *l'accord SPS* qui ne lui reconnaissait aucune »³⁰⁶. À la lumière de cette approche de la jurisprudence, on peut déduire que le principe de précaution a une place minime au sein de *l'accord SPS*. Néanmoins, cela n'empêche pas d'envisager son applicabilité dans le droit de

³⁰³ Laurence Boy et al. « La mise en œuvre du principe de précaution dans l'accord SPS de l'OMC. Les enseignements des différends commerciaux » (2003,) *Revue économique*, 6 vol.54 à la p 1299, en ligne : < <https://www.cairn.info/revue-economique-2003-6-page-1291.htm> >.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Ibid* à la p 1300.

³⁰⁶ Maurice Arbour, *supra*, note 293 à la p 34

l'OMC. Car l'article 5.7 de l'accord SPS pose le principe selon lequel, « un membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles »³⁰⁷.

« Ledit accord conditionne le recours au principe de précaution à la procédure de l'analyse de risque et tient pour acquis que les mesures prises au titre de la précaution demeurent des mesures provisoires en ce sens qu'elles ne peuvent plus être maintenues si les données scientifiques nouvelles concluent à l'absence de risque »³⁰⁸.

Pour certains, l'article 5.7 de l'*accord SPS* constitue un point positif pour le principe de précaution, bien que le droit de l'OMC lui laisse une place étroite³⁰⁹. Donc il revient à la jurisprudence de l'OMC de lui accorder une meilleure considération pour qu'il puisse prospérer.

Face à ce constat, il est difficile d'envisager le succès du principe de précaution à l'OMC, comme un motif pouvant justifier une mesure de restriction pour promouvoir les énergies renouvelables ou en raison d'une nécessité en matière d'approvisionnement d'énergie verte. Toutefois, il faut reconnaître que « le principe de précaution pourrait influencer la pratique actuelle relative à l'application d'un test de nécessité environnementale »³¹⁰. L'État qui met en exergue le principe de précaution pour la gestion de risques environnementaux doit préalablement recourir à une évaluation de ces risques avant d'exécuter cette mesure³¹¹. Dans ce cas, le recours à des mesures restrictives pour promouvoir les énergies renouvelables pourrait être examiné au regard de l'article XX paragraphe b du GATT et aussi à l'égard du principe de précaution à l'OMC. Car, il existe un point commun entre l'article XX paragraphe b du GATT et le principe de précaution sur la question de la preuve³¹². Un membre qui applique une mesure corrective fondée sur l'exception environnementale au regard de l'article XX paragraphe b du GATT ou en rapport avec le principe de précaution, doit dans les deux cas apporter des preuves

³⁰⁷ Voir l'article 5.7 de l'*Accord SPS*.

³⁰⁸ Maurice Arbour, *supra* note 293 à la p 22.

³⁰⁹ Hubert Sylvain, Arzhvaël Le Fur, *supra* note 295 aux pp 147-158.

³¹⁰ Cosmina Chetan et Lucian Bojin, *supra* note 266 à la p 130.

³¹¹ *Ibid* à la p 151.

³¹² *Ibid* à la p 130.

concernant la nécessité de cette mesure ou des preuves qui justifient le risque pour la préservation de l'environnement³¹³. Par ailleurs, il reste à savoir si la promotion des énergies renouvelables en vue de préserver l'environnement, pourrait constituer en soi une raison valable pour évoquer la mise en application de l'exception environnementale.

III- Perspectives juridiques sur l'admissibilité des mesures d'incitation à la production d'énergie renouvelable à l'OMC

Les mesures prises pour faire face aux changements climatiques interpellent de plus en plus l'OMC en raison des impacts négatifs que ces mesures peuvent avoir sur la libération commerciale. « Même s'il n'y a pas de règles se rapportant spécifiquement aux changements climatiques en droit de l'OMC [...], l'OMC en est fortement concernée, car elle doit veiller à ce que les mesures prises pour maîtriser le changement climatique soient conformes à ses règles »³¹⁴.

Par ailleurs, nous avons vu que l'article XX du GATT de 1994 semble donner une ouverture à l'application des mesures qui visent à protéger le climat. Cependant, quand il s'agit de mettre en œuvre des mesures au profit de l'environnement, elles se révèlent souvent incompatibles aux règles du GATT de 1994. Malgré l'évolution de la jurisprudence de l'OMC concernant la prise en compte de la protection de l'environnement dans les échanges commerciaux, les juges continuent de rendre leur décision en faveur du libre-échange. Dès lors nous nous posons la question de savoir comment est-il possible que les mesures de soutien à la promotion des énergies renouvelables puissent être garanties en droit de l'OMC puisqu'elles peuvent constituer un obstacle au commerce ? Dans cette dernière partie de ce mémoire, nous exposerons les possibilités d'aboutir à une application conjointe entre les règles de l'OMC et la protection de l'environnement dans le contexte actuel de la promotion des énergies renouvelables (A), en proposant une approche jurisprudentielle plus adaptée à la prise en compte

³¹³ *Ibid* aux pp 130 - 131.

³¹⁴ Jacques Berthelot, « Le changement climatique et l'OMC » (11 novembre 2009) à la p 23, en ligne : < <https://www.sol-asso.fr/articles-de-2009/> >.

des mesures de soutien en faveur des énergies renouvelables dans le système commercial multilatéral (B).

A- La promotion des énergies renouvelables, un cadre propice à une nouvelle réflexion sur l'effectivité de l'exception environnementale dans la jurisprudence de L'OMC?

Les énergies renouvelables sont connues pour leurs bienfaits environnementaux et pour leur impact potentiel sur l'émergence d'un système économique durable. Cela est d'autant plus vrai qu'un « nombre croissant de pays, principalement en Europe, a établi des objectifs pour augmenter la part des « énergies vertes » dans la production d'électricité »³¹⁵. De plus, il s'est avéré que « la production et la participation des énergies renouvelables dans l'approvisionnement d'énergie apparaissent comme une préoccupation mondiale. »³¹⁶ Mais les pourcentages de consommation d'énergies renouvelables expriment un grand écart par rapport aux énergies fossiles dont notre plus grande part d'approvisionnement énergétique en dépend encore. « Plus de 80% de la production mondiale d'énergie a été basée en 2015 sur les combustibles fossiles [...]. On constate, par ailleurs, que 86, 8% de la production mondiale d'énergie primaire a été basée sur des ressources non renouvelables [...] »³¹⁷. Et selon les prévisions de l'Agence internationale de l'énergie, « la croissance continue des émissions de CO2 liées à l'énergie, atteignant 36 gigatonnes en 2040 »³¹⁸. Ainsi, le défi est énorme pour « atteindre le plafonnement des émissions « dans les meilleurs délais » tel que requis par l'Accord de Paris »³¹⁹.

³¹⁵ Germán Bersalli, *supra* note 124 à la p 11.

³¹⁶ Xiomara Lorena Romero-Pérez « Le Canada et le développement des énergies renouvelables dans les Caraïbes » à la p 4, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01383901>>.

³¹⁷ Présentation générale et contexte énergétique, situation mondiale de l'énergie, document présenté par l'Association française pour l'hydrogène et les piles à combustibles à la p 1, en ligne : <<http://www.afhypac.org/documentation/tout-savoir/>>.

³¹⁸ Rapport de l'A.I.E, *World energy outllok*, résumé français (2016) à la p 3, en ligne : <<https://webstore.iea.org/world-energy-outlook-2016>>.

³¹⁹ *Ibid* à la p 3.

Parallèlement, les mesures d'incitation aux énergies renouvelables sont considérées comme l'un des moyens stratégiques pour favoriser la transition énergétique afin de diminuer d'une part l'approvisionnement en énergies fossiles et d'autre part de lutter contre les problèmes liés à l'environnement et le changement climatique. « Cependant, cette volonté de transition énergétique et, par conséquent, les politiques menées pour mettre une telle évolution en place se heurtent à une série de difficultés [...] »³²⁰ liées à leur conformité avec les règles du GATT et de l'OMC. Comme nous l'avons démontré, la promotion des énergies renouvelables est fondée sur certaines mesures qui peuvent être dérogoires aux règles de libre-échange. Dans ce cas, les États qui font la promotion des énergies renouvelables sont pris dans un dilemme entre le respect des obligations de l'Accord général du GATT qui régissent le commerce international et la poursuite des valeurs qu'ils considèrent comme nécessaires et légitimes³²¹.

Malgré la multiplication des références à l'environnement au sein des accords de l'OMC, les États font face à de grandes difficultés pour poursuivre des objectifs environnementaux qui semblent opposés aux principes du libre-échange.³²² À notre avis, la question environnementale est devenue plus qu'une nécessité en raison de l'ampleur des enjeux écologiques de l'heure et du défi que constitue le changement climatique³²³. « Un défi d'autant plus difficile à relever qu'il tend à enfermer nations et citoyens dans un piège logique rendant extrêmement délicat tout accord international sur le partage du fardeau »³²⁴. En ce sens, la protection de l'environnement

³²⁰ Fabienne Collard, « La transition énergétique », Courrier hebdomadaire du CRISP (2016), 36, no2321 à la p 6, en ligne : < <https://www.cairn.info/revue-courrier-hebdomadaire-du-crisp-2016-36-page-5.htm> >.

³²¹ Mariana Lunca, « La confrontation des intérêts des États en matières d'approvisionnement énergétique, un regard à travers la notion de nécessité », dans, dir, Stéphane Doumbé-Billé, *supra* note 39 à la p 55. Dans cet article l'auteur a utilisé la notion de nécessité comme « un mécanisme de sureté permettant à des États de faire face à des situations d'urgence ». Nous avons inspiré de sa réflexion pour parler de préférence de la notion de « nécessité écologique » en matière de promotion des énergies renouvelables.

³²² Maryse Grandbois, *supra* note 255 à la p 565.

³²³ Raphael Kempf, *supra* note 106 à la p 3.

³²⁴ Jean-Paul Maréchal, « Le changement climatique, un enjeu international majeur du XXI^e siècle », *Géoeconomie* 2009/3 (n° 50) à la p 93, en ligne : < <https://www.cairn.info/revue-geoeconomie-2009-3-page->

ne peut plus être traitée au second degré par les règles de l'OMC. L'Organisation mondiale du commerce doit accompagner ses membres dans les efforts qu'ils entretiennent pour encourager la transition écologique, laquelle orientée vers la promotion des énergies renouvelables.

Depuis la création du GATT jusqu'à l'avènement de l'OMC, aucune mesure portant sur des préoccupations environnementales n'a été validée en tant que dérogation à l'Accord général. Par conséquent, il faut une nouvelle approche sur l'exception dans la jurisprudence de l'OMC, capable de saisir l'ampleur des enjeux environnementaux et l'importance des mesures de promotion des énergies renouvelables. Cette nouvelle approche doit prendre en compte l'engagement de l'OMC à soutenir le développement durable, lequel engagement doit être fondé sur un équilibre réel entre les échanges commerciaux internationaux et la protection de l'environnement à travers l'interprétation des juges de l'OMC.

De ce fait, nous estimons que la promotion des énergies renouvelables en faveur de la préservation de l'environnement constitue un contexte important pour repenser les règles relatives à la protection de l'environnement dans le GATT et dans les accords de l'OMC qui, semblent inadaptées à « l'urgence de s'attaquer aux défis que constituent le changement climatique et la sécurité énergétique.³²⁵.

B - De l'adaptation du droit de l'OMC aux mesures de promotion des énergies renouvelables, pour la conformité de celles-ci aux règles du libre-échange

S'il est d'avis que le commerce international doit prendre en considération les mesures réglementaires et les politiques efficaces qui promeuvent les énergies renouvelables, il conviendrait de les faire entrer clairement dans le champ d'application du droit de l'OMC. Il

93.htm >.

³²⁵ Wei Zhuang, « Les incitations en faveur des énergies renouvelables d'un point de vue juridique et économique : pour un accord sur les AIERC » (26 février 2016), Passerelles - International Centre for Trade and Sustainable Development, volume 17, numéro 1, en ligne : <<https://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/les-incitations-en-faveur-des-%C3%A9nergies-renouvelables-d%E2%80%99un-point-de-vue>>.

s'agit de consacrer dans le GATT et dans les accords de l'OMC un cadre juridique pouvant garantir les mesures d'encadrement des énergies renouvelables. Ainsi les membres pourraient mettre en œuvre de telles mesures sans subir une condamnation de l'Organisation mondiale du commerce.

En outre, cette démarche nécessiterait surtout une coopération entre les États afin de définir les besoins essentiels de chaque membre en matière d'approvisionnement énergétique. C'est en adhérant à un consensus international sur la sécurité énergétique et la promotion de celle-ci en lien avec le libre-échange, que les membres pourraient se prévaloir de la préservation de l'environnement pour appliquer des mesures de soutien aux énergies renouvelables qui sont en règles avec les nouvelles dispositions du droit de l'OMC.

En ce sens, nous appuyons l'idée que l'obligation de conformité³²⁶ des valeurs non commerciales aux règles de l'OMC, exige avant tout l'adaptation du système commercial multilatéral aux préoccupations environnementales actuelles. Autrement dit, il ne s'agit pas seulement aux mesures de protection d'être conformes aux règles de libre-échange, le juge de l'OMC doit adapter l'interprétation des règles du GATT « à l'égard de l'influence des préoccupations contemporaines des États sur la détermination des objectifs susceptibles d'être poursuivis par des politiques environnementales »³²⁷.

De plus, « le respect des valeurs non commerciales [...] peut en effet être déterminant pour l'avenir de l'OMC. Car en tant que principale source d'impulsion d'un processus d'intégration mondiale, l'Organisation semble ainsi condamnée à certains réajustements »³²⁸. Lesquels réajustements pourraient être placés aux bénéfices « du juge de l'OMC qui est

³²⁶ « La conformité induit plutôt un comportement de la part de l'État dont la qualité de membre de l'OMC présuppose qu'il fasse en sorte que sa législation corresponde exactement aux normes qui figurent dans les accords de l'OMC. Conséquemment, le moindre manquement à cette obligation de conformité le rend coupable de « fait illicite » susceptible d'engager sa responsabilité internationale ». Voir Hervé A. PRINCE et Marwa SEMHAT, « De l'obligation de conformité en droit de l'OMC : au-delà du respect des engagements commerciaux multilatéraux » (2018) 50 -3 RJT à la p 911.

³²⁷ Véronique Guèvremont, *supra*, note 239 à la p 154.

³²⁸ Véronique Guèvremont, *supra* note 22 à la p 577

faiblement outillé pour tempérer le libre-échange par la prise en compte de l'environnement »³²⁹.

³²⁹ Marie-Pierre LANFRANCHI, « La conciliation commerce/environnement devant l'ORD de l'OMC et la CJCE : analyse comparée de l'application de l'article XX du GATT et de l'article 30 TCE » dans Olivier Lecucq et Sandrine Maljean-Dubois, dir, *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 287 à la p 299.

Conclusion

Cette étude avait pour objet de déterminer à travers l'affaire *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable*, la possibilité de faire valoir l'exception environnementale en droit de l'OMC. De plus, il a été question d'examiner l'importance des mesures d'incitation aux énergies renouvelables au regard des objectifs de protection de l'environnement et de développement durable, auxquels aspire l'Organisation mondiale du commerce. En bref, cette étude s'intéressait à savoir comment cette affaire pourrait contribuer à mettre en relief l'application de *l'article XX b) du GATT de 1994* qui soutient la protection de l'environnement.

En effet, les politiques de soutien en faveur des énergies renouvelables constituent un moyen ambitieux pour encourager le développement de celles-ci. À l'ère du réchauffement climatique causé par la hausse de consommation des énergies fossiles, les énergies renouvelables représentent un domaine de substitution énergétique important à cause de ses impacts positifs sur l'environnement et sur le développement durable³³⁰. Mais dans le cadre cette affaire, il a été souligné que le programme de tarifs de rachat garantis et ses mesures connexes visant la promotion des énergies renouvelables afin d'atteindre pour l'essentiel un objectif environnemental ont été contestés, parce qu'ils constituaient un obstacle à la libre concurrence au regard du droit de l'OMC.

Par ailleurs, nous avons vu que le soutien public dont bénéficient les énergies renouvelables se justifiait par rapport à l'utilité de celles-ci dans la réduction des émissions de gaz à effet de serre et pour les protéger également d'une concurrence frontale avec les énergies fossiles sur le marché³³¹. À cet égard, il apparaît considérable de souligner que l'intervention publique a pour but de favoriser les producteurs locaux émergents dont leurs activités économiques sont bénéfiques pour la communauté. Ainsi, l'État qui encadre la production des énergies renouvelables par l'adoption des mesures incitatives cherche à atteindre à travers ce moyen un objectif légitime.

³³⁰ Philippe Menanteau *supra*, note 109, à la p 3.

³³¹ *Ibid* à la p 4.

Mais il paraît que les mesures de soutien étatique aux énergies renouvelables ne sont pas conformes à la règle du traitement national qui interdit la discrimination entre les produits similaires. Il convient de rappeler que les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux liées au programme de tarifs de rachat garantis sont décrites dans cette espèce comme des mesures concernant les investissements et liées au commerce qui favorise l'achat des biens d'origine locale; en accordant un traitement moins favorable aux produits importés. Laquelle mesure est incompatible à l'article III paragraphe 4 du GATT de 1994. Mais nous avons remarqué que le groupe spécial et l'Organe d'appel n'ont pas examiné la question de la discrimination entre les produits importés et nationaux sous l'angle du test de similarité. Or, la question de « similarité » a été considérée dans de nombreuses jurisprudences comme une méthode fondamentale pour déterminer l'existence de discrimination entre les deux produits apparemment identiques.

En dépit de cette remarque, notre attention était plutôt portée dans le cadre de cette étude sur l'absence d'une marge d'appréciation nationale dont pourraient bénéficier les membres de l'OMC en matière de l'application des mesures qui visent à atteindre un but légitime³³². En effet, « seul un examen de la jurisprudence fondé sur l'exception est capable de mettre en relief cette valeur »³³³. Par ailleurs, l'approche fondée sur l'exception dans la jurisprudence de l'OMC est soumise à un contrôle rigoureux rendant le recours à l'article XX b) du GATT de 1994 difficilement applicable.

En outre, cette étude nous a permis de constater que les conditions de l'application de l'exception environnementale en droit de l'OMC ne font qu'aggraver les tensions existantes entre le commerce et l'environnement³³⁴. Ainsi, nous pensons qu'une analyse relevant des considérations environnementales dans cette espèce ne serait pas pertinente pour l'application de l'exception environnementale. Comme nous l'avons vu dans l'affaire *Inde – Cellules*

³³² Véronique Guèvremont, *supra* note 239 à la p 151.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid* à la p 148.

solaires, les moyens de défense de l'Inde fondés sur les exceptions générales de l'article XX j) et XX d) du GATT de 1994 ont été rejetés, car selon l'Organe d'appel les mesures de prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux du programme de la Mission solaire nationale Jawaharlal Nehru de l'Inde ne répondaient pas à l'exigence du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994³³⁵. En ce sens, comment les considérations environnementales et les règles de libre échange peuvent-elles s'harmoniser en droit de l'OMC ? L'article XX du GATT de 1994 répond-t-il à cette préoccupation ?

Ce questionnement suppose qu'il faut une approche renouvelée de la jurisprudence fondée sur la logique du soutien mutuel entre le commerce et l'environnement³³⁶. La jurisprudence relative à l'article XX doit trouver son sens dans une approche qui soit capable de prendre en compte l'impératif écologique de l'heure. Et le fait que le soutien public aux énergies renouvelables semble compatible avec l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, cela doit-il conduire l'OMC à avoir une plus grande considération sur l'importance et la nécessité des mécanismes d'incitation au développement des énergies renouvelables, pour limiter les dommages environnementaux ?

³³⁵ *Inde — Cellules solaires*, *supra* note 29 au para 7.334 (Rapport de l'Organe d'appel).

³³⁶ Raphael Kempf, *supra* note 106 à la p 142.

Bibliographie

DOCUMENTATION INTERNATIONALE

Traités internationaux

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30 octobre 1947, 55 RTNU 187.

Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1867 RTNU 165.

Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, 15 avril 1994, 1867 RTNU 508.

Accord relatif aux obstacles techniques au commerce, 12 avril 1979, 1186 RTNU 277.

Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, 15 avril 1994, 1869 RTNU 57.

Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce 15 avril 1994, 1868 RTNU 191.

Convention-cadre des Nations-unies sur les changements climatiques, 9 mai 1992, 1771 RTNU 107.

Jurisprudences de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)

Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires (Plainte des États-Unis), (2016), OMC Doc WT/DS456/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

Canada - Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable; Canada - Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garanti (Plainte du Japon et de l'Union européenne), (2013), OMC Doc WT/DS412/R et WT/DS426/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

États-Unis - Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon (Plainte du Mexique), (2011), OMC Doc WT/DS381/AB/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de l'Inde et al.), (1998), OMC Doc WT/DS58/AB/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelles et anciennes formules (Plainte du Venezuela et du Brésil), (1996), OMC Doc WT/DS2/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits en provenance de Chine (Plainte des États-Unis), (2004), OMC Doc WT/DS437/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

États-Unis L'article 337 de la Loi douanières de 1930 (Plainte des Communautés économiques européennes), (1989), OMC DOC WT (L/6439 - 36S/386), en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits contenant (Plainte du Canada), (2001), OMC Doc WT/DS135/AB/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers (Plainte des Communautés européennes, (1999), OMC Doc WT/DS98/AB/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

Corée – Taxes sur les boissons alcooliques (Plaintes des Communautés européennes), (1999), OMC Doc WT/DS75//AB/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils (Plainte du Brésil) (1999), OMC Doc WT/DS70/AB/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

Japon – Commerce des semi-conducteurs (Plaintes des États-Unis), (1998), OMC Doc WTL16309 – 32S/126, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée (Plainte des États-Unis), (2000), OMC Doc WT/DS161/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

Thaïlande – restrictions à l'importation et taxes touchant les cigarettes (Plainte des États-Unis)(1990), OMC Doc WT/DS10/R-37S/200), en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Plaintes des États-Unis), (1998), OMC Doc WT/DS26/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

Japon – Mesures visant les produits agricoles (Plainte des États-Unis), (1999), OMC Doc WT/DS76/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

États-Unis – Taxes sur les automobiles, (Plainte de l'Union européenne), (1994), OMC Doc WT/DS31/R, en ligne : <<https://docs.wto.org>>.

Monographies

Carré de Malberg, Raymond, *Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, Paris, A. Rousseau, 1887.

Carreau, Dominique et Julliard Patrick, *Doit international économique*, Paris, 4^e édition Dalloz, 2010

Guèvremont, Véronique, *valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013.

Jouanneau, Daniel, *L'Organisation mondiale du commerce*, Paris Presses universitaires de France 4^e éd, Que sais-je, 2003

Kempf, Raphaël, *L'OMC face au changement climatique*, Paris, Éditions Pédone, Coll. perspectives internationales, no.29, 2009.

Kieffer, Bob, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, éditions Larcier coll. Droit international, 2008.

Melloni, Mattia, *The principle of national treatment in the GATT: a survey of the jurisprudence, pratique and policy*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2005.

Agbodjan Prince, H, *Le droit de l'OMC et l'agriculture : analyse critique et prospective du système de régulation des subventions*, Montréal, Éditions Thémis, 2012

Prost, Mario, *D'abord les moyens, les besoins viendront après : commerce et environnement*

dans la « jurisprudence » du GATT et de l'OMC, Bruxelles, Éditions Bruylant, coll. Mondialisation et droit international, no.8, 2005.

Rosso, Catherine, *Les mécanismes de flexibilité dans le droit de l'OMC*, Bruxelles, Éditions Bruylant, coll. Droit international économique, 2017.

Sadowsky, Marilyne, *droit de l'OMC, droit de l'union européenne et fiscalité directe*, Bruxelles, coll. Droit économique, Larcier, 2013.

Articles de revues et d'ouvrages collectifs

Abbas, Mehdi, « L'Organisation mondiale du commerce et l'environnement : aspects institutionnels et réglementaires », 2004, en ligne : <halshs-00002712>.

Abbas, Mehdi, « L'Europe face aux changements climatiques. Quelle gouvernance pour l'Après-Kyoto? », dans Christel Cournil et Catherine Colard-Fabregoule dir., *Changements climatiques et défis du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2010.

Andela, Jacques Joël, « L'article XX du GATT de 1994 dans la jurisprudence de l'organe de règlement des différends de l'OMC : une analyse sous le prisme environnemental », no. 25.1, 2012, *Revue québécoise de droit international*, en ligne : <<https://www.sqi.org/fr>>.

Arbour, Maurice, « « Le principe de précaution dans le contexte du commerce international : une intégration difficile », *Les Cahiers de droit*, volume 43, numéro 1, 2002, en ligne : <[Id.erudit.org/iderudit/043700ar](https://id.erudit.org/iderudit/043700ar)>.

Bachetta, Marc, « Les investissements directs dans l'OMC », (1997), *Revue française d'économie*, 10 – 4, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/rfec_0769-0479_1997_num_12_4_1034>.

Bartenstein, Kristin, « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », *Les cahiers de Droit*, vol.43, no.4, 2002, en ligne : <[les Cahiers de droit, 2002 - erudit.org](https://lesCahiersdeDroit.org)>.

Behname, Mehdi « La consommation d'énergie renouvelable et la croissance économique dans l'Europe de l'Ouest » (décembre 2012), en ligne : *Romanian Journal of Economics* <<https://ideas.repec.org/a/ine/journal/v2y2012i44p160-171.html>>.

Bérard, Yann et Compagnon Daniel, « Politiques du changement climatique : des controverses scientifiques à l'action publique », *critique internationale* 2014/1, no.62, en ligne : <<https://www.cairn.info>>.

Bjork Isabel, Connors, Catherine et al. « Encourager les énergies renouvelables: Manuel à

- l'intention des réglementateurs internationaux de l'énergie », en ligne : < www.naruc.org >.
- Berthelot, Jacques, « Le changement climatique et l'OMC » (2009), en ligne : < <https://www.sol-asso.fr/articles-de-2009/> >.
- Boiteau, Claudie, « Mécanismes de soutien à la production des énergies renouvelables et droit des aides d'État : le cas de l'éolien » dans Claudie Boiteau, dir, *Énergies renouvelables et marché intérieur*, Bruxelles, Éditions Bruylant, coll. Droit et développement durable, 2014.
- Boivert, Valérie et Vivien, Franck-Dominique « Le développement durable : une histoire de controverses économiques », dans Catherine Aubert et Franck – Dominique Vivien, dir, *Le développement durable : enjeux politiques, économiques et sociaux*, Paris, La documentation française, 2006.
- Bonnet, Clément, « Revue internationale des politiques de soutien aux énergies renouvelables : les enseignements du Danemark, de l'Allemagne et de la Chine », Les cahiers de la chaire Économique du climat, no.33, 2014, en ligne : < <https://www.chaireeconomieduclimat.org/> >.
- Bougette Patrice et Charlier Christophe, « « La difficile conciliation entre politique de concurrence et politique industrielle : le soutien aux énergies renouvelables » (2016), revue économique, Vol.67.
- Boy Laurence et al. « La mise en oeuvre du principe de précaution dans l'accord SPS de l'OMC. Les enseignements des différends commerciaux » (2003,) Revue économique, 6 vol. 54, en ligne : < <https://www.cairn.info/revue-economique-2003-6-page-1291.htm> >.
- Busseuil Guillaume, Garinot Jean-Marie, Grayot-Dirx Stéphanie et al. « Chronique de jurisprudence : Chronique commentée des décisions de l'Organe de règlement des différends (2012) », Revue international de droit économique, en ligne : < <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2013-3-page-333.htm> >.
- Burda, Julien, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », Revue québécoise de droit international, No18.2-2005, en ligne : < <https://www.sqdi.org/fr> >.
- Chetan Cosmina et Bojin Lucian, « Le test de nécessité environnementale et le principe de précaution comme éléments du droit de l'eau douce » (2006), Numéro 19.2-2, Revue québécoise de droit international.
- Chiroleu-Assouline, Mireille « La fiscalité incitative : le cas de l'écofiscalité. Problèmes économiques, Documentation française (2016), en ligne : < hal-01306962 >.

- Collard, Fabienne, « La transition énergétique », *Courrier hebdomadaire du CRISP* (2016), 36, no.2321, en ligne : < <https://www.cairn.info/revue-courrier-hebdomadaire-du-crisp-2016-36-page-5.htm> >.
- Corhay, Jérémie, « Analyses des soutiens à la production d'énergie renouvelable en Wallone via les filières photovoltaïques et éoliennes » (2016) Mémoire de maîtrise, Université, Université de Liège, en ligne : <<http://hdl.handle.net/2268.2/1255>>.
- Da Cunha, Antonio, « Le développement durable : une éthique du changement, un concept intégrateur, un principe d'action », dans Jakubec, Joel, dir, *Le développement durable, un bilan multisectoriel provisoire*, Georg, Genève, 2004.
- Darankoum, Emmanuel Sibidi, « Moralité publique et diversité culturelle : l'approche OMC dans la jurisprudence Chine-Services audiovisuels », en ligne : <<https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/article/18266>>.
- Davey, John William, « Concept and History of non-Discrimination Rules », dans *Recueil des cours d'Académie de droit international*, tome 354, 2011, en ligne : < <http://heinonline.org>>.
- Dufour Geneviève, Barsalou Olivier et Markay Pierre, « La mondialisation de l'État de droit entre dislocation et recomposition : le cas du Codex Alimentarius et du droit transnational », *Les Cahiers de droit*, 47(3), en ligne <[doi:10.7202/043895ar](https://doi.org/10.7202/043895ar), www.erudit.org/iderudit/043895ar>.
- El Euch, Maher, « La notion de mesures concernant l'investissement et liées au commerce (MIC) », (3 mai 2010), en ligne < <https://www.village-justice.com/articles/notion-mesures-concernant,7800.html>>.
- Finon, Dominique, « Les subventions à l'énergie dans le monde : leur ampleur, leur efficacité et leur nécessaire recentrage » (Octobre 2010), en ligne : Centre International de recherche sur l'environnement et le développement <www2.centre-cired.fr>.
- Finon Dominique et Menanteau Philippe, « La promotion des énergies renouvelables dans les nouveaux marchés électriques concurrentiels », *Réalités Industrielles, Annales des Mines*, 2004.
- Finon Dominique et Menanteau Philippe, « La promotion de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables dans les marchés libéralisés : le besoin de nouveaux cadre incitatifs » (2003), *Revue de l'Énergie, conseil Français*, 54 (9544), en ligne : < halshs-00480461>.
- Gendron Corinne, « La gouvernance du développement durable dans un contexte de mondialisation économique dans Corinne Gendron et Jean – Guy Vaillancourt, *Développement durable et participation publique : de la contestation écologique aux défis de la gouvernance*, Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 2003.

- Geoffron, Patrice, « La délicate élaboration du droit de la transition énergétique » préface, dans Claudie Boiteau, dir, *Énergies renouvelables et marché intérieur*, Bruxelles, Éditions Bruylant, coll. Droit et développement durable, 2014.
- G. Nell, Philippe, « Transparence dans les marchés publics : options après la cinquième conférence ministérielle de l'OMC à Cancún », revue internationale de droit économique (2004), 3 (t. XVIII, 3), en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique>>.
- Godard, Olivier, « Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question », Revue économique 2003/6 (Vol. 54), en ligne : <<https://www.carin.info/revue-economique-2003-6-page-1245.htm>>
- Godard, Olivier, « Le principe de précaution, un principe politique d'action » (2000), Revue juridique de l'Environnement, numéro spécial, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2000_hos_25_1_3738>.
- Grandbois, Maryse, « Le droit de l'environnement et le commerce international : quelques enjeux déterminants » (1999), Les Cahiers du droit, 403.
- Guèvremont, Véronique, « L'exception environnementale : l'exemple du système commercial multilatéral », dans Hélène, Ruiz Fabri et Lorenzo Gradoni, dir, *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Société de législation comparée, Paris, 2009.
- Guilmain, Antoine, « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique » (septembre 2015), Revue de droit de McGill, Volume 61, numéro 1, en ligne : <id.erudit.org/iderudit/103538ar>.
- Joumni, Haitham « Les systèmes de prix de rachat garanti pour la production électrique renouvelable : fondements économiques, critères de mise en œuvre et impacts sur le progrès technique des filières », dans Bruno Duplessis et Charles Raux, dir, *Économie et développement urbain durable : Émissions urbaines, inventaires et politiques publiques & transports et usage du sol*. Collection Développement durable, France, 2011.
- Lafranchi, Marie-Pierre, « La conciliation commerce/environnement devant l'ORD de l'OMC et la CJCE : analyse comparée de l'application de l'article XX du GATT et de l'article 30 TCE », dans Olivier Lecucq et Sandrine Maljean-Dubois, dir, *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2008

- Le Beut-Ferrarèse, Bernadette, « Marché des énergies renouvelables et droit du libre-échange » dans Stéphane Doumbé-Billé, dir, *Défis énergétique et droit international*, Bruxelles, Éditions Larcier, coll. Droit international. Dossiers, 2011.
- Lunca, Mariana, « La confrontation des intérêts des États en matières d’approvisionnement énergétique, un regard à travers la notion de nécessité », dans, dir, Stéphane Doumbé-Billé, *Défis énergétiques et droit international*, Bruxelles, Éditions Larcier, coll. Droit international, Éditions Larcier, 2011
- Maljean-Dubois, Sandrine, « L’OMC et la protection de l’environnement » (février 2004), Travaux de l’Atelier UNITAR/AIF sur « Environnement et Commerce » pour l’Afrique de l’ouest, La Rochelle, France, en ligne : <<http://www.unitar.org>>
- Marandet, Féline, « Production des énergies renouvelables et droit de l’Organisation mondiale du commerce » dans Claudie Boiteau, dir, *Énergies renouvelables et marché intérieur*, Bruxelles, Éditions Bruylant, coll. Droit et développement durable, 2014.
- Maréchal, Jean-Paul, « Le changement climatique, un enjeu international majeur du XXI^e siècle », *Géoéconomie* 2009/3 (n° 50), en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-geo-economie-2009-3-page-93.htm>>.
- Menanteau Philippe et Finon Dominique, « Prix versus quantités : Les politiques environnementales d’incitation au développement des énergies renouvelables » (2001), no.25, en ligne : cahier de recherche IEPE <halshs-01321796>.
- Menanteau Philippe et Lamy Marie-Laure « Quels instruments économiques pour stimuler le développement de l’électricité renouvelable? (février 2002) Les cahiers de Global Chance, no. 15, en ligne : <www.global-chance.org>.
- Menanteau Philippe et Lamy Marie -Laure et Finon, Dominique, « Les marchés de certificats verts pour la promotion des énergies renouvelables : entre efficacité allocutive et efficience dynamique » (Juin 2002), Cahier de recherche-LEPII, No.29.
- Meier, Mike, « GATT, WTO, and the Environnement: to what extent do GATT/WTO rules permit Member Nations to protect the environnement when doing so adversely affect trade? Colorado journal of International environmental Law and Policy, vol.8 no1, 1997, en ligne : <<http://heinonline.org>>.
- Mfopain, Aboukar, « Le choix des incitations fiscales par les entreprises. Une étude à partir d'un échantillon d'entreprises camerounaises des villes de Yaoundé et Douala », *revue des Sciences de Gestion* (2007), 2, n°224-225), en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-des-sciences-de-gestion-2007-2-page-155.htm>>.
- Nguyen, Thi Hong, « La notion d’exception en droit constitutionnel français ». Thèse de

- doctorat en droit public. Droit. Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2013. Français, en ligne < NNT : 2013PA010284 >.
- Nguyen, Trung Hoang, Anne-Laure « Les règles de l'OMC en matière d'environnement : quelle contribution dans la prévention des changements climatiques? Dans Christel Courmil et Catherine Colard-Fabregoule, dir, *Changements climatiques et défis du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2010
- Paye, Olivier, « La protection de l'environnement dans le système du GATT » (1992), Bruxelles, Bruylant, en ligne : Revue Belge de droit international.
- Percebois, Jacques, « Les mécanismes de soutien aux énergies renouvelables, leurs forces et leurs faiblesses respectives », 2014, en ligne : <<http://www.creden.fr/>>
- Percebois, Jacques, « Aides publiques aux énergies éoliennes et photovoltaïques », Revue française d'économie (2015) no.4 (volume XXX), en ligne : [cairn.info :< www.cairn.info/revue-francaise-d-economie-2015-4-page-141.htm >](http://www.cairn.info/revue-francaise-d-economie-2015-4-page-141.htm).
- Pierre, Monnier « Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile » dans Stern, Brigitte et Ruiz Fabri, Hélène, dir, La jurisprudence de l'OMC/ The cas – Law of the WTO 1998-2, Boston, Leiden, 2006.
- Prince, A. Hervé, « "Commerce", Chronique de droit international économique en 2012 / Digest of International Economic Law in 2012» dans *Annuaire canadien de droit international de droit international 2012/ Canadian Yearbook of International Law 2012*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2014, vol. L, tome L.
- Prince A. Hervé et Semhat Marwa, « De l'obligation de conformité en droit de l'OMC : au - delà du respect des engagements commerciaux multilatéraux » (2008) 50- RJT
- Romero-Pérez, Xiomara Lorena, « Le Canada et le développement des énergies renouvelables dans les Caraïbes », en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01383901>>.
- Rousseaux, Sandrine, « L'emprise de la logique marchande sur la promotion des énergies renouvelables au niveau communautaire », Revue internationale de droit économique (2005), vol. t.xix, no.3, en ligne :< <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2005-3-page-231.htm> >.
- Roche, Catherine, « La politique communautaire de lutte contre le changement climatique entre utopie et réalité », dans Christel Courmil et Catherine Colard-Fabregoule dir., *Changements climatiques et défis du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- Sadeleer, Nicolas, « Le principe de précaution en droit international et en droit de l'Union européenne » (2012), Innovation politique, Presses Universitaires de France, en ligne : <<https://www.cairn.info/innovation-politique--9782130590309-page-409.htm>>
- Salvador, Juan, « L'historicité du développement durable », dans Jean-Paul Maréchal et Béatrice Quénault, *Le développement durable : une perspective pour le XXI^e siècle*, France, Presses universitaires de Rennes, 2005.
- Selivanova, Yulia, « Règles de l'OMC et politiques énergétiques durables », International centre for Trade and Sustainable Development, en ligne : < <https://www.ictsd.org> >.

- Sifonios, David « La notion de produits similaires dans la clause de traitement national de l'article III du GATT : entre libre-échange et autonomie réglementaire des États », dans Eleanor Cashin Ritaine, Elodie Maitre Arnaud, dir, *Notion-cadre, concept indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2008
- Stöger, Karl, « Énergies renouvelables en Autriche » dans Claudie Boiteau, dir, *Énergies renouvelables et marché intérieur*, Bruxelles, Éditions Bruylant, coll. Droit et développement durable, 2014.
- Tomkiewicz, Vincent, « L'interprétation téléologique au sein de l'OMC et la question de la protection environnementale » dans Hélène Ruiz Fabri et Lorenzo Gradoni, dir, *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Éditions Société de législation comparée, coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, v.16, 2009.
- Sylvain Hubert et Arzhvaël, Le Fur, « Le principe de précaution et le droit de l'OMC » (2002) 2, *Revue juridique de l'Ouest*, en ligne : <<https://www.persee.fr/doc/juro-0990-1027-2000-num-13-2-2576>>.
- Zhuang, Wei, « Les incitations en faveur des énergies renouvelables d'un point de vue juridique et économique : pour un accord sur les AIERC » (26 février 2016), *Passerelles - International Centre for Trade and Sustainable Development*, volume 17, numéro 1, en ligne : <<https://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/les-incitations-en-faveur-des%C3%A9nergies-renouvelables-d%E2%80%99un-point-de-vue>>.

Thèses

- Bersalli, German, « Évaluation et évolution des politiques de promotion des énergies renouvelables : la transition des secteurs électriques en Amérique Latine », thèse de doctorat en Sciences économiques, Université Grenoble, Alpes, (octobre 2017), [non publiée].
- Lamy Marie-Laure, « Efficacité des politiques environnementales d'incitation à l'adoption de nouvelles techniques : le cas des énergies renouvelables », thèse de doctorat en Économie, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, 2004 [non publiée].

Documents de l'OMC et des Organisations internationales

- Organisation mondiale du commerce, « Les premières années : émergences du débat sur

l'environnement sur l'environnement au GATT à l'OMC, en ligne :<https://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/histl_f.htm>

OMC, Commerce et environnement, Communiqué de presse du secrétariat de l'OMC, 8 octobre 1999, en ligne :< [https:// www.wto.org/french/tratop_f/envir_fstud99_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/envir_fstud99_f.htm)>

Rapport de la conférence des Nations-Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3 – 4 Juin 1992, (A/CONF.151/26 (Vol. I).

Rapport de l'A.I.E, World energy outlook, en ligne: < <https://webstore.iea./world-energy-outlook-2016> >.

L'Association française pour l'hydrogène et les piles à combustibles, *Situation mondiale de l'énergie*, en ligne :< <http://www.afhypac.org/documentation/tout-savoir/>>.

Site Web

www.ccopmtes.fr@Courdescomptes-rapport-soutien-energies-renouvelables.